G. VENEZIAN

PROFESOR QUE FUÉ DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

USUFRUCTO

USO Y HABITACIÓN

TRADUCCIÓN CASTELLANA POR LA REVISTA
CON RETRATO DEL AUTOR Y CON UNA NOTICIA
BIOGRÁFICA POR RAFAEL ATARD

ANOTADA CON ARREGLO A LAS
LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y AMERICANAS
POR
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

TOMO II





MADRID
MCMXXVIII

LIBRO III

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

SUMARIO: 200. Plan de este estudio.

200. Entre las facultades cuyo ejercicio asegura la ley al usufructuario, las que integran el contenido esencial de este derecho pueden comprenderse bajo la denominación común de derecho de disfrute. Ni la ley señala ni admite que el título constitutivo del usufructo contenga una determinación específica y positiva de este disfrute, sino que lo fija negativamente, estableciendo respecto a las actividades varias que pueden desplegarse para obtener utilidad de las cosas, aquellos límites que no debe trasponer el usufructuario, a fin de que permanezca intacta la facultad del propietario para fijar la forma en que la cosa ha de servir al logro de esas utilidades y obtenerlas él mismo cuando no se ejercite el usufructo. Para que no sufra modificación el destino económico de la cosa, el usufructuario no puede ir más allá de una cierta *calidad de disfrute* ni de una *cantidad* del mismo, con objeto de reservar así al propietario las utilidades que puede dar la cosa antes de comenzar y después de extinguido el usufructo.

El capítulo más importante y más largo de este libro lo consagro al estudio de esta doble delimitación del derecho de usufructo. Un párrafo lo dedicaré al estudio en general de los límites cualitativos y de la conservación de la sustancia de la cosa, tratando también de las mejoras hechas, con o sin derecho, por el usufructuario, y de las consecuencias jurídicas que de ello se derivan; otro, al disfrute indirecto, esto es, al que surge con la cesión, en una u otra forma, de la facultad de extraer utilidad de la cosa, y las condiciones a que haya de atenerse a fin de que por este medio no sean traspasados los límites cuantitativos y cualitativos del disfrute; en otro analizaré los límites cuantitativos y expondré los principios acerca del re-

parto de los frutos entre usufructuario y propietario. Hay una clase de bienes, los de utilidad simple, en que es imposible el goce limitado, y por ello se reconoce al usufructuario el derecho a disponer libremente de la cosa, aunque con la obligación de restituír su equivalente; asimismo en algunos bienes que proporcionan utilidades repetidas es más conveniente que la limitación del disfrute, esta transformación del derecho de usufructo, a fin de conciliar los intereses de éste con los de la propiedad; por ello, en el mismo capítulo, el estudio de los casos en que es necesaria o simplemente posible esta transformación, en la forma jurídica del *cuasiusufructo,* precede al examen de los límites del disfrute.

Hay que situar al usufructuario en condiciones de que pueda tener inmediata y continuamente colocada la cosa bajo su potestad, para que dentro de esos límites pueda desenvolver libremente su actividad respecto a ella. Según veremos, no está constantemente subordinado el derecho de disfrute al derecho del usufructuario a la posesión; mas como quiera que la posesión representa el medio y la condición normal para el ejercicio libre del disfrute, conviene que tratemos antes del derecho del usufructuario a obtenerla y conservarla frente a usurpaciones y pretensiones contrarias. En el capítulo que dediquemos al derecho a la posesión, exigirá un estudio particular la exposición de las acciones judiciales que pueden ejercitar propietario y usufructuario para la constancia de su derecho, y el recíproco influjo de las sentencias que reconozcan o nieguen su derecho a uno u otro; después habré de volver a estudiar la extensión objetiva que debe atribuirse al usufructo de los distintos bienes y las condiciones a que está subordinada su alegación contra terceros. En el último párrafo de este capítulo me ocuparé de la posesión obtenida por el usufructuario en cuanto productora por sí misma de efectos jurídicos, independientemente del derecho que pueda tener a ella.

Y como quiera que, para garantía de los derechos del propietario frente al usufructo, está subordinado el ejercicio de la posesión de las cosas a la formación de un inventario o de una descripción de las mismas y, por lo común, además, a la prestación de una fianza, el método analítico que seguimos en el presente libro (y que resulta posible por la exposición sintética que del contenido del usufructo hicimos en el capítulo primero del libro primero de esta obra, con referencia a las disposiciones fundamentales del Código y al Derecho comparado), aconseja aquí también que antes de estudiar el derecho a la posesión, examinemos dichas dos obligaciones del usufructuario, que

aparecen separadas en el Derecho vigente, y a las cuales dedicamos los capítulos primero y segundo. Y así sustituímos por el orden cronológico el orden lógico, que exigiría para determinar el contenido de su derecho, que comenzásemos con las facultades esenciales del usufructuario: nosotros analizaremos primeramente las obligaciones que debe cumplir aquél antes de entrar en posesión de los bienes; luego, el derecho a la posesión (capítulo tercero), y el cuarto lo dedicaremos al derecho de disfrute.

En los siguientes capítulos nos ocuparemos de las obligaciones del usufructuario que son consecuencia de la entrada en posesión y correlativas al derecho de disfrute; el capítulo quinto lo dedicaremos a la obligación de custodiar y conservar la cosa; el sexto, a la satisfacción de las cargas inherentes al disfrute; el séptimo tratará de quién debe satisfacer los gastos de los litigios que afecten al usufructo; por último, en el octavo fijaremos los términos de la obligación que asume el usufructuario de cosas fungibles de restituír otro tanto de igual especie y calidad, obligación que sustituye a las limitaciones en el disfrute y demás que incumben al usufructuario que está obligado a restituír la cosa misma recibida.

En el capítulo noveno, coordinando los principios expuestos en los anteriores, haremos su aplicación al usufructo de patrimonios o de una parte alícuota de ellos; del décimo será objeto la comunidad en el usufructo, o sea las relaciones en que se hallan los cousufructuarios, o el usufructuario de porción indivisa, de una cosa aislada o de un patrimonio, con el propietario; en el último capítulo del presente libro, y como complemento de todo lo anteriormente expuesto, me ocuparé de los derechos que conserva el nudo propietario sobre la cosa usufructuada.

CAPÍTULO I

OBLIGACIÓN DE FORMALIZAR EL INVENTARIO

SUMARIO: 201. La *cautio fructuaria* como garantía formal y material de los derechos del propietario.—202. La obligación de hacer inventario. Forma y contenido de éste.—203. Fuerza probatoria del inventario autorizado por funcionario público.—204. Carácter del inventario.—205. Examen de los efectos del inventario respecto al usufructuario.—206. Efectos del inventario respecto al dueño.—207. Inventario entre incapaces.—208. Sanciones para la obligación de inventariar y consecuencias de su incumplimiento.—209. Continuación. Sobre los frutos antes de que se formalice el inventario.—210. Dispensa de inventariar.—211. Continuación. Efectos de la dispensa. Renuncia al derecho de pedir inventario.

201. La protección corriente que la ley presta al derecho de propiedad contra las posibles violaciones de que cabe sea objeto por parte de extraños, es en muchos respectos insuficiente para atender a las modificaciones que en la propiedad introduce el usufructo y para mantener al titular de éste dentro de los límites de su derecho, asegurando la reintegración de la cosa al extinguirse el mismo. Cierto que el propietario puede reivindicar, como lo hace contra cualquier detentador, con respecto al mismo usufructuario luego que el usufructo cesa; mas para instar la reivindicación es necesario que pruebe su derecho de propiedad. El propietario tiene también derecho a ser resarcido de los daños que haya podido inferir a los bienes el usufructuario; pero con esta acción, que es igual a la que puede ejercitar contra la actividad antijurídica desplegada por cualesquiera otras personas sobre la cosa, no está amparado en caso de inacción dañosa del usufructuario, que mientras conserva los bienes en su poder, y por tanto, sustraídos a la custodia del propietario, puede dejar abierta la puerta a usurpaciones, menoscabos o destrucción de la cosa misma, por actos de terceros o por accidentes natu-

tales (1). Tampoco está en modo alguno amparado con los aludidos medios de protección del derecho de propiedad, cuando se trata de recuperar, al terminar el usufructo, aquellos bienes consumibles en que éste consista, porque la propiedad de los mismos ha sido transmitida al usufructuario; de aquí, pues, la necesidad de una tutela general complementaria, y de una suplementaria especial para el caso de que el usufructo recaiga sobre cosas consumibles, que es a lo que responde el nacimiento de un derecho de obligación a favor del propietario frente al usufructuario.

Este vínculo obligatorio era impuesto por la autoridad del pretor en el Derecho romano: el Edicto facultaba al propietario, cuando se le pedían los bienes objeto del usufructo, para exigir del pretensor usufructuario la promesa *et usurum se boni viri arbitratu et cum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum quod inde exstabit* (2). Si el usufructuario no consentía en la estipulación, le negaba la acción el pretor (3). El mismo Senadoconsulto que hubo de reconocer eficacia al usufructo de cosas consumibles, impuso al

---

(1) ULPIANO, 13, § 2, D. *De us.* VII, 1; cfr. GLÜCK, t. IX, ps. 480 y siguientes.

(2) ULPIANO, 1, pr. D. *Us. quemadm.*, VII, 9.—Puede verse la reconstitución del edicto en NOODT, *De usufr.*, l. I, c. 18. En cuanto a la fecha de dicho edicto, DANIEL *(De cautione quæ usufructuaria dicitur,* tesis doctoral, Berlín, 1848, p. 1) estima que debió darse en el siglo I antes de la Era Cristiana para asegurar al heredero los beneficios de la ley Falcidia del año 714 de Roma.—Cfr. MOEC., 9. D. *si cui pluscuam*, XXXV, 3.

(3) O el pretor negaba la acción para el caso de que el usufructuario no se aviniese a la estipulación exigida por el juez. GALVANI *(De usufr.*, c. XIX, 4), fundándose en ULPIANO, 13 pr. D. *De us.*, VII, 1, sostiene que la estipulación debía realizarse *in judicio* y no *in jure*. Según BEKKER *(D. Actionen*, c. XVI, número 6), es imposible distinguir con toda precisión las estipulaciones nacidas a requerimiento del magistrado y las exigidas por el juez; el *merum officium judicis* de que deriva la referida estipulación, según POMP. (5, pr. D. *de v. o.*, XLV, 1), por oposición a la *prætoria, judicialis* (en sentido completamente diferente del que ULPIANO, 1, pr. D. *de stip. pr.*, XLVI, 5, atribuye a la denominación de *stipulatio judicialis*, variedad de la *stipulatio prætoria, quæ propter judicium interponitur)* parece presuponer la existencia de una norma general en virtud de la cual pudiera imponerse la estipulación y la *cautio usufructuaria* se imponía, evidentemente, merced a una disposición de índole general, no con una mera providencia procesal dependiente de las circunstancias concretas del caso.—Cfr. asimismo sobre las estipulaciones pretorias, LIEBE, *D. Stipulation*, § 9, y KELLER, *D. röm. Civilpr.*, § 77.

usufructuario la obligación de restituír (1). En ambos casos la promesa se avaloraba con una fianza, y el derecho del propietario, además de la garantía formal del contrato solemne que constituía su fundamento, lograba además la garantía material de la obligación subsidiaria de una persona solvente (2).

La necesidad jurídica en que se hallaba el usufructuario de asumir mediante la *cautio* la obligación de custodiar y restituír, preparó el terreno a la idea de que estas obligaciones fueran inherentes al derecho de usufructo y estuviesen vinculadas a él. Ya entre los jurisconsultos clásicos (3), se descubren indicios de esta tendencia y de un derecho de obligación anterior a la *cautio;* pero en todo el desarrollo del Derecho común se mantuvo fielmente la creencia de que mediante la *cautio* se daba a la obligación del propietario la forma adecuada para poder ejercitarla en juicio, y ésta es la verdadera causa de que fuera declarada ineficaz la dispensa de dicha *cau-*

---

(1) GAYO, 2; PAULO, 4; ULPIANO, 5, § 1. D. *de us. ear. rer.*, VII, 5.

(2) Acerca de la distinción entre garantía formal o procesal (garantía de la *juris persecutio)* y garantía material de los derechos (garantía de la *futura perceptio)*, véase TRYPH., 46, D. *de pact.*, II, 14, y BAEHR, *D. Anerkennung* (Cassel, 1867), § 1. A la función común de garantía que tienen la estipulación, el documento que constituye su prueba, y la fianza que asegura materialmente su realización, responde el nombre común de *cautio* (aunque, según una norma interpretativa sancionada por JUSTIN. [3 C. *de v. sign.*, VI, 38], cuando se exige simplemente la *cautio* no se necesita ni se exige implícitamente una garantía material, sino únicamente la promesa en forma de estipulación; véase la Glosa a esta ley. Respecto al uso del término *cautio*, puede consultarse GNEIST, *D. formellen Verträge* (Berlín, 1845), III, § 1. La garantía material puede prestarse mediante fianza (garantía personal) o prenda (garantía real); pero lo que el edicto y el Senadoconsulto exigen al usufructuario es una *satisdatio* (ULPIANO, 13 pr. D. *de us.*, VII, 1; ALEX., 4. C. *de us.*, III, 33) y el término *satisdatio* se aplica exclusivamente a la fianza: ULPIANO, 7, D. *De stip. pr.*, XLVI, 5; 1, § 9. *De coll. bon.*, XXXVII, 6.

(3) En el pasaje, citado ya, de ULPIANO (5, § 1, D. *De. us. ear. rer.*, VII, 5) se recuerda como principio tradicional el de que debe prestarse la *cautio* para obtener la posesión del legado; y se admite sin discusión *(dici potest)* que si se ha otorgado la posesión sin fianza, puede ésta reclamarse en tanto dura el usufructo; y si llega la extinción de él sin que ella se haya prestado, y se trata de cosas consumibles que no pueden ser reivindicadas por su dueño, parece admisible la opinión *(quæ sententia mihi non inarguta videtur)* de que puede pedirse directamente por medio de una *condictio* la restitución de la equivalencia. Cfr. BEKKER, *op. cit.*, c. XVI, n. 2.

tio (1). Por otra parte y mediante una costumbre establecida entre los prácticos, vino a completarse la garantía formal que procuraba al propietario la prestación de la *cautio*, obligando al usufructuario a reconocer en un documento susceptible de hacer fe públicamente, la existencia y el estado de los bienes sobre que recaía el usufructo, facilitando de esta suerte el esclarecimiento de la respon-

---

(1) ALEX., 7. C. *Ut in poss. leg.*, VI, 51. Desde la Glosa prevalece la doctrina de que la *cautio* no constituye un elemento esencial del usufructo; véase la amplia exposición de esta tesis en RICCIARDI, *Commentaria de usufructu* (Venecia, 1590), *Ad princ. tit. de usufr.*, nn. 137 y ss. (ps. 109 y ss.). V. también GALVANI, *op. cit.*, c. XIX, y CASTILLO, *De usufructu*, l. I, c. 17. Para ello se sacaban argumentos de la circunstancia de ser posible la renuncia a la *cautio*, de la eficacia de una caución no simultánea, sino anterior o posterior a la constitución del usufructo, y del hecho de que pudiera terminar, y, por tanto, hubiera existido éste antes, aunque la *cautio* no se hubiese prestado; asimismo se alegaba el caso de un usufructuario que percibiera los frutos, habiendo entrado en posesión de los bienes, con el consentimiento del propietario, sin prestar fianza previamente. RICCIARDI, con la doctrina más antigua, estima que la *cautio* es un elemento esencial del cuasiusufructo, si bien lo niegan los demás escritores citados, los cuales reconocen desde luego la existencia de la obligación de restituír como cuestión independiente de la *cautio* misma. La ineficacia de la dispensa de ésta se fundamentaba, según la opinión más fútil, que era la dominante, sobre la base de que implicaba una cláusula ilícita, una cláusula que contenía una *provocatio ad delinquendum;* ¡como si pudiera nacer un delito por el incumplimiento de una obligación que no existe! Más lógico y más severo, NOODT (*De usufructu*, l. I, c. 19), rechaza de modo categórico, no sólo la dispensa, sino aun la renuncia contractual a la *cautio*, mediante la cual dejaba de surgir el derecho personal del propietario contra el usufructuario. GLÜCK (§ 654) admite estas conclusiones, haciendo notar acertadamente que, si bien debe estimarse ineficaz la renuncia contractual a la *cautio* por parte del heredero, se debe admitir la que realice el dueño que por acto *inter vivos* crea un usufructo, pues en este caso es el contrato el que sirve de fundamento a las obligaciones del usufructuario. Los modernos pandectistas se inclinan a pensar que la obligación de afianzar deriva hoy inmediatamente de la ley, a virtud de una modificación consuetudinaria que se ha introducido en el Derecho romano. ELVERS (*D. röm. Servitutenl.*, § 56) formula una construcción poco romana, aunque a base de las reglas del Derecho romano, y sostiene que el derecho de usufructo se constituye bajo la condición suspensiva tácita de la prestación de la *cautio*. BÜRKEL (*Beitr. z. Lehre v. d. Niessbrauche*, II, 57), interpretando también sin ningún sentido histórico la *denegatio actionis* al usufructuario que no hubiera prestado caución, entiende que la falta de ésta suspende, no la existencia, sino el ejercicio del derecho.

sabilidad en que pudiera incurrir y la defensa de los derechos del propietario con la certeza previa de la extensión del contenido de éstos (1).

202. Llevada a sus lógicas consecuencias la evolución iniciada en el Derecho romano respecto a las obligaciones del usufructuario para con el propietario, en el Derecho vigente se reconoce como fundamento jurídico de ellas el propio derecho de usufructo, sin que haya necesidad de ningún otro negocio jurídico para que queden formalmente constituídas. Pero acogiendo costumbres de los prácticos, se impone al usufructuario la obligación de redactar a su costa un inventario de los muebles y una descripción del estado de los inmuebles sujetos al usufructo (2), y así procura al propietario medios de facilitar el reconocimiento en juicio de sus propios dere-

(1) En el Digesto, la formación del inventario reviste el carácter de un simple consejo al heredero o legatario *(recte facient:* ULPIANO, 1, § 4, D. *Ususfr. quemadm.*, VII, 9); siendo de recordar que apenas si en la última fase del Derecho romano se elevó a necesidad jurídica la preconstitución de la prueba documental para el caso de incumplimiento de una obligación, mediante la sencilla suscripción de un resguardo o recibo, manteniéndose como cosa admisible, bajo ciertas condiciones, el empleo, en su lugar, de la prueba de testigos (cfr. JUST., 18, C. *De test.*, IV, 20; Nov. 90, c. 2). Tratan de la obligación de formalizar inventario como consagrada por una costumbre general, ROLANDUS A VALLE, *De confectione inventarii* (Venecia, 1573, t. 25, 26, 235); CASTILLO, *De usufructu*, l. I, c. 14, 4; VOET, *Ad pandectas*, l. VII, tit. 9, n. 2 y los numerosos autores que ellos mencionan. No encuentro huella de ello en DONELO, NOODT ni GALVANI. Según la terminología de las fuentes, con la expresión «inventario» se designa únicamente un documento susceptible de hacer fe, como resulta de ARC. y HONOR., 24. C. *De adm. tut.*, V, 37; JUST., 13. C. *arb. tut.*, V, 51; y el mismo ROLANDO *(loc. cit.)*, que no estima indispensable guardar la forma prescrita por JUST. (22 C. *de jure delib.*, VI, 30) cuando el heredero acepta sin reservas, considera siempre necesaria una descripción hecha por notario en presencia de los interesados y de testigos (a).

(a) [El T. S. de España, en sentencia de 20 de noviembre de 1915, aplicando el Derecho romano vigente en Cataluña, declaró que la ley 1.ª, párr. 4.º, tít. 1.º, lib. VII del Digesto, estatuye la obligación en que todo usufructuario se halla de formalizar inventario completo de cuantos bienes haya de disfrutar.]

(2) También la doctrina francesa pone a cargo del usufructuario los gastos que la formación del inventario origine, aun cuando nada dice respecto al particular el art. 600: PROUDHON, *Usufruit*, n. 792; DEMOLOMBE, *C. civil*, t. X, n. 461 bis; LAURENT, *Princ.*, t. VI, n. 496; DALLOZ, *Rép.*, v. *Usufruit*, 381. V. *infra*, n. 211.—En el art. 496, como en el 29 y en el 43, se dife-

chos, con lo que en cierto modo viene sustituída la garantía formal que era la principal función de la *cautio* romana (1). La accesoria, la de asegurar al propietario contra el peligro de la insolvencia del usufructuario, viene a constituír la función única de la fianza que el Derecho vigente exige al usufructuario.

Dice el artículo 874 del Código de procedimiento civil, que los preceptos sobre formación de inventario en las herencias son aplicables a cualquier inventario prescrito por la ley; y como aquellas disposiciones ordenan la formalización de inventario por un funcionanario público, se infiere que el propietario puede exigir del usufructuario que así lo haga, guardando la forma prevista en la ley de Enjuiciamiento: es indudable, por lo demás, que de acuerdo con el usufructuario se puede redactar un inventario puramente privado, sin que intervengan en él para nada magistrados, funcionarios ni peritos (b).

---

rencian el inventario de los muebles y la descripción del estado de los inmuebles; en cambio, juzgando por la manera cómo se expresan los arts. 283 y 957 del C. civil, y el 892 de la ley Procesal, aparte otras diversas leyes, el inventario comprende también la descripción de los bienes raíces. Por tanto, yo empleo el término «inventario» en su más amplia significación, que coincide con la etimología y con el uso de los idiomas francés e italiano, a reserva de ir señalando en lugar oportuno de esta exposición los distintos elementos que dicho inventario puede comprender (a).

(a) [El Código español habla también del inventario, en su sentido más amplio, en el art. 491, n. 1.º. Nada dice acerca de quién ha de sufragar los gastos del inventario; pero los comentaristas y expositores (MANRESA, *Comentarios*, t. IV, p. 452 de la 4.ª edic.; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, t. VIII-IX, p. 992 de la 3.ª edic., en la que rectifica la opinión contraria expuesta en las anteriores; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, t. III, p. 577), convienen en que, salvo pacto en contrario, dichos gastos debe satisfacerlos el usufructuario, ya que el inventario es una obligación que el Código impone a éste como condición previa para entrar en el goce del usufructo.]

(1) El único caso en que no hace falta el inventario, aun sin que haya mediado dispensa de él o renuncia al mismo, es el caso en que su formación no hubiera de reportar beneficio alguno al propietario; por ejemplo, un usufructo que recayera solamente sobre créditos, cuya enumeración detallada constara en el testamento que lo constituyese; v. FUZIER-HERMAN, *C. civil annoté*, ad artículo 600, n. 11.

(b) [No hay texto ninguno en Derecho español que imponga forma pública, notarial ni judicial, para la práctica del inventario. Por ello suele suponerse que será éste válido en cualquier forma y no puede obligarse al propietario o al usufructuario a una determinada (SÁNCHEZ ROMÁN, t. III, pág. 577; MANRESA, t. IV, pág. 452 de la 4.ª edic.). El Apéndice aragonés, al regular el

Según lo dispuesto en preceptos a que alude el citado artículo 874 (v. gr., el artículo 866 de la propia ley de Enjuiciamiento civil), el inventario es un acto que debe realizarse por el pretor de la demarcación o distrito en que la sucesión se abre. Si no se trata de usufructo constituído *mortis causa*, habrá que aplicar por analogía las reglas de competencia en materia contenciosa y solicitar la formación del inventario ante el pretor del territorio en que radiquen los inmuebles usufructuados (artículo 93 de la ley de Enjuiciamiento civil), aun cuando el usufructo comprenda bienes muebles (artículo 99 de la misma), o del distrito en que los muebles se hallen o deban entregarse (artículo 91 del propio cuerpo). El usufructuario, eligiendo domicilio (artículo 95), puede sustraerse, aunque sólo de acuerdo con el propietario, a las reglas de competencia citadas. No hay por qué rechazar que el inventario pueda formalizarse en distintas épocas, y, por lo tanto, en distintos lugares y ante jurisdicciones diversas; ni tampoco la posibilidad de inventarios adicionales cuando se pretenda someter al usufructo bienes que en un principio ignoraba el usufructuario que estaban comprendidos en aquél, o que quiera más tarde reivindicar de los terceros poseedores.

El funcionario público encargado de formalizar los inventarios es el Notario o canciller de la Pretura; Notario que designa el testador, y que cuando no se trata de usufructo testamentario o el testador no haya hecho designación, puede elegir el pretor en vez del canciller y a instancia del usufructuario solicitante (1).

En cuanto a la forma de proceder en el inventario, se deben aplicar igualmente los preceptos de la ley de Enjuiciamiento combinados con el artículo 496 del Código civil (a). Según éste, es requi-

---

usufructo de viudedad, establece que «el inventario se hará constar en escritura pública con todos los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, en cuanto se refiere a inmuebles o derechos reales, y en cuanto a los demás, podrá consignarse en documento privado, del cual se extenderán dos ejemplares, firmados ambos por todos los asistentes a cada acto» (art. 68, apartado 5.°).]

(1) En la ley procesal francesa no existe precepto alguno respecto a elección del notario; DEMOLOMBE (t. X, n. 461 bis) y DALLOZ (*l. cit.*, n. 381) atribuyen dicha facultad al usufructuario, toda vez que es quien paga los gastos; cfr. la sentencia citada por FUZIER-HERMAN, *C. civil annoté*, ad art. 600, números 44 y 45.

(a) [Cfr. el art. 491, número 1.° del Cód. civ. español. Para el caso de usufructo de viudedad v. el art. 68 del Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón.]

sito indispensable la presencia del propietario, o por lo menos que haya sido citado en forma para ello; citación que no puede sustituirse designando el pretor un Notario para representar a aquél cuando no tenga su domicilio o residencia en la jurisdicción del tribunal ante el cual se formaliza, como ocurre para el inventario en las sucesiones testamentarias, previsto en el artículo 869, *in fine*, de la ley de Enjuiciamiento (1); y si son varios los propietarios, todos deben estar presentes o haber sido citados. Disponen los artículos 870 y 871 que el funcionario público que redacta el inventario debe nombrar peritos para la tasación de las cosas muebles, y exigirles juramento, así como que las operaciones de inventario, si no pueden terminarse en el día mismo señalado en la citación, se continúen en los sucesivos mediante aviso verbal a las partes presentes o representadas.

En el artículo 872 de la misma ley está indicada la determinación de lo que debe contener el inventario. A más de la indicación del nombre y circunstancias de los intervinientes y demás formalidades para dar validez al acto, constituye una parte esencial de él la relación de los bienes y la tasación de los muebles; sobre dicha tasación dudan algunos escritores que sea requisito esencial del tal inventario, porque de él no hay mención en el artículo 496 de nuestro Código civil (a), y a diferencia de lo que ocurre en el 587 del francés (2), el 483 del nuestro (b) prevé expresamente el caso de que no haya habido tasación. Pero es natural que el legislador provea a la hipótesis de esa omisión, porque el propietario puede renunciar a que se dé carácter público al inventario, o no preocuparse de exigirlo, y aun renunciar a él; y esto no quiere decir que cuando exija que se formalice un inventario adornado de todos los requisitos de la fe pública, se satisfaga con un acto que carezca de los caracteres esenciales exigidos por la ley rituaria (núm. 7 del artículo 872), que es la que regula esta materia (3). Y no hay que pensar tampoco en

---

(1) V. *infra* el n. 206, *in fine*.

(a) [El Código español, por el contrario, consigna expresamente en el artículo citado la obligación de tasar muebles.]

(2) Basándose en él, la mayoría de los escritores franceses estima que es requisito esencial del inventario la estimación de las cosas fungibles; v., por ejemplo, DURANTON, t. IV, n. 596; DEMOLOMBE, t. X, n. 467; LAURENT, t. VI, número 495; DALLOZ, *l. cit.*, n. 374. PROUDHON considera necesario el avalúo de todas las cosas muebles (*op. cit.*, n. 789).

(b) [Cfr. el art. 482 del Cód. esp.]

(3) En tal sentido, RICCI, *Dir. civ.*, t. II, n. 201. FORMIGGINI, *La stima*

que se altere la condición jurídica del usufructuario a causa de la tasación, asumiendo con ella la obligación, más gravosa, de restituír el valor en vez de restituír sólo los bienes muebles recibidos, en el estado en que se encuentren después de disfrutados con arreglo a su destino; porque la alternativa entre una y otra obligación no nace de la tasación, sino de que, en forma expresa o tácita, haya querido el constituyente reservar o restringir el derecho del propietario sobre las cosas en su individualidad. Cuando no exista un precepto legal como el del artículo 1.401 (a) (1) respecto a la estimación de la dote constituída en bienes muebles, no cabe sostener que el haberse tasado los objetos signifique tal intención del causante, ni que al cumplirse con las exigencias legales se haya interpretado la voluntad del constituyente y su propósito de cambiar la obli-

---

nella conchiusione dei contratti, n. 48 ter (Turín, 1893), no cree que sea menester el avalúo en los inventarios de usufructo, sobre todo, porque con ello viene a convertirse en obligación simple la meramente alternativa que pesa sobre el usufructuario para restituír las cosas consumibles. Pero, en realidad, la opción no la admite la ley como un derecho del usufructuario sino cuando la tasación falta; de modo que la argumentación implica una petición de principio. Por lo demás, el propio autor reconoce el apoyo que a la opinión aquí expuesta viene a prestar el art. 874 de la ley rituaria, según el cual las reglas sobre el inventario en materia sucesoria revisten el carácter de normas generales, aplicables a cuantos inventarios hayan de formarse por mandato legal. En contra de la necesidad del avalúo, puede también consultarse PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni, proprietà e sue modificazioni,* n. 503.

(a) [Cfr. art. 1.346, párr. 2.º del Cód. español.]

(1) En este sentido, v. DEMOLOMBE, t. X, n. 468, y DALLOZ, *l. cit.,* n. 376. Diversas son las funciones que puede tener la tasación: en primer término, señala el precio que habrá de restituír quien recibe los bienes cuando por culpa suya perezca o se deteriore la cosa que debía devolver (avalúo *taxationis causa);* en segundo lugar, puede implicar la venta de la cosa tasada, haciendo pasar su propiedad al que la recibe, y quedando éste obligado a abonar su valor (avalúo *venditionis causa),* y también, finalmente, la misión del avalúo puede ser la de que, sin transmisión de propiedad, pasen a cargo del que recibe el objeto los riesgos que sobrevengan. Por eso el comodatario está obligado, con arreglo al artículo 1.811, a devolver el valor de las cosas evaluadas si ellas perecen por caso fortuito, siempre que no se haya convenido nada en contrario. V. los artículos 1.688 y 1.715; cfr. FORMIGGINI, *op. cit.,* nn. 54 y sigs., y N. COVIELLO, *Del contratto estimatorio,* VI (en la *Riv. ital. per le sc. giur.,* t. XV, p. 362). Ahora bien, esta última función no puede ser atribuída al avalúo sino por voluntad de las partes, o por declaración de la ley que interprete dicha voluntad; y nunca procede, en perjuicio del usufructuario, cuando la ley guarda silencio.

ación del usufructuario. Ahora bien, anticipándose a una semejante inducción, que puede dañar al usufructuario y algunas veces al dueño, es conveniente precaverse agregando a la tasación de los muebles la declaración expresa de que con ella no se considera efectuada la venta de los mismos, en caso de que el propietario pueda y quiera conservar la propiedad de ellos durante el usufructo (1).

En cambio, ni el Código civil ni el procesal exigen para los muebles la operación aventurada y costosa de tasarlos; pero en el inventario el Código civil ordena que se describa el estado de ellos, a más de los otros elementos que debe contener dicho documento según la ley procesal; sin esto no habría base de juicio para apreciar si cumplió sus obligaciones el usufructuario; en dicha descripción, debe constar la extensión de los predios cultivados, clase de cultivos, lo que contenga el vuelo, el estado de conservación de los edificios, y en cuanto a los inmuebles por destino, deben tasarse como los demás muebles, según veremos, porque, lo mismo que respecto a los animales adscritos al fundo, dispone taxativamente el artículo 514 que se entregue su valor al propietario al terminar el usufructo.

Debe además contener el inventario la indicación de los documentos públicos justificativos de los créditos comprendidos en el usufructo o que expresen las deudas que graven el patrimonio usufructuado, y la descripción de cualquier otro documento relacionado con el activo o pasivo del patrimonio y su identificación queda asegurada con la firma del funcionario público competente. Si el usufructo comprendiese algún establecimiento industrial o mercantil, debe hacerse un inventario especial y llevar un resumen de él al inventario general (arg. artículo 284). Si el usufructo de la cosa o del conjunto de bienes corresponde a varias personas, todas están obligadas a inventariar y todas deben contribuír, proporcionalmente a sus cuotas, a los gastos del mismo (2).

Respecto al usufructo de los poseedores de fideicomisos abolidos, recordemos que les corresponde tal derecho sobre la parte reservada a los sucesores inmediatos, y por ello no es preciso el inventario, pues basta la partición. Para el patrimonio de la Corona, el inventario ha de hacerse, conforme a la ley de 16 de marzo de 1850 (artículo 4.°), mediante procedimiento contradictorio, oyendo al Superintendente general de la Real Casa (hoy Ministro), y los gastos son de cuenta de la Hacienda pública. El inventario en los benefi-

(1) Cfr. Borsari, § 989, *i. f.*

(2) V. *infra*, n. 208, *i. f.*

cios eclesiásticos deben hacerlo los Subeconomatos, con cargo al nuevo beneficiado, antes de darle posesión y debiendo ser aceptado por él (1).

203. El funcionario público que redacta el inventario, da fe de la existencia y naturaleza de los bienes muebles que han de ser objeto del derecho de usufructo, y en su caso, del hecho de haber entrado el usufructuario en posesión de los mismos; la autoridad que concede la ley a su testimonio, impide que pueda impugnarse con una simple prueba contraria; para demostrar su inexactitud, es necesario emplear el procedimiento prescrito para invalidar el testimonio mismo, o sea demostrar la falsedad material del inventario que se hizo (arg. artículos 1.317 del Código civil, 276 del penal y 296 y siguientes de la ley de Proced. civil) (a). Igual fuerza probatoria lleva aneja la manifestación que directamente consigne el funcionario público respecto al estado material de los inmuebles; pero

---

(1) De esta suerte hago aplicación del criterio sentado en la p. 532, n. 3, del t. I. No tengo noticia exacta acerca de las prácticas administrativas que se siguen en las diversas circunscripciones; únicamente respecto de las regiones de Lombardía y Parma, y a juzgar por lo que indica la colección de Reglamentos pertinentes (publicada por GIOVANELLI y CALVAUNA, Milán, 1886), deduzco que los gastos de inventario, peritaje y entrega corren a cargo del nuevo beneficiado (ps. 30 y sigs.); el usufructo que temporalmente corresponde a los Economatos, en caso de vacante del beneficio, se atribuye a la entidad misma que representa los intereses permanentes del dominio, y, por tanto, no se necesita formar inventario, ya que no engendra relaciones de obligación. Al terminar el usufructo de un beneficio, se hace un balance para volver a recibir los bienes; pero la función principal de ello es determinar si procedió en debida forma el beneficiado saliente, a cuenta del cual se giran los gastos de peritaje en caso de deterioros, así como las reparaciones procedentes; las rentas que durante el tiempo en que vaque el beneficio haya de percibir el Economato, no pueden destinarse a cubrir los desembolsos exigidos para la entrega de los bienes o para recuperarlos, salvo que ello se haga en concepto de anticipo y a condición de cobrarlo en su día al nuevo beneficiado (*eod.*, ps. 6-7); los dispendios que se originen a título de indemnización y honorarios del subecónomo, al hacerse cargo de los bienes, deben ser sufragados, por mitad, entre el antiguo beneficiado y el nuevo que se designe (*ibid.*). El inventario va anejo al documento que acredita la toma de posesión (ya sea instrumento público o documento privado), y por este medio se obtiene también la aceptación del titular actual (*eod.*, páginas 16, 26-27).

(a) [Cfr. en Derecho español el art. 1.218 del Código civil y el 314 del Código penal.]

tanto sus declaraciones como las que recoja y registre de los peritos acerca de la buena o mala conservación de los bienes, y singularmente de su tasación, carecen del valor legal de un verdadero testimonio, y no cabe que se le reconozca sino el de una mera opinión o juicio, por lo cual no obliga a los interesados, pues es sabido que un juicio no exige acatamiento si no media la autoridad judicial y se sigue el correspondiente procedimiento contencioso, donde se tomen en consideración todos los elementos que las partes suministren. Así, pues, esas declaraciones carecen de la eficacia de una prueba plena y pueden ser impugnadas, utilizándose contra ellas cualquier otra clase de medios probatorios, a menos que exista una declaración de voluntad de las partes en que manifiesten su conformidad con aquellas declaraciones y valoraciones.

Su misma naturaleza impide la comprobación directa, por parte del funcionario público inventariante, de la existencia de bienes incorporales que puedan entrar en el usufructo; lo único que cabe hacer es dar fe de la existencia y naturaleza de los documentos en que consten los dichos derechos; títulos que se estimarán válidos en tanto no se impugnen como falsos; pero, desde luego, carecen de valor jurídico, siquiera puedan servir de guía a las investigaciones sobre responsabilidad del usufructuario, las declaraciones que haga el funcionario sobre la validez de los títulos y particularmente sobre la no exigibilidad o la dudosa exigibilidad de los créditos. También carecen de eficacia respecto a las relaciones entre propietario y usufructuario, las indicaciones que en el inventario puedan hacerse respecto a preguntas dirigidas a las personas que antes de formalizarlo tenían en su poder los bienes muebles en custodia, y de las contestaciones que ellas den, aunque sus afirmaciones las hagan bajo juramento de que no existen otros bienes que inventariar; el propietario puede probar libremente por todos los medios la deficiencia de tal inventario, y por lo tanto que deben extenderse las obligaciones del usufructuario a más bienes de los comprendidos en aquél (1). El acto

(1) La fuerza probatoria de estas respuestas es tanto menor cuanto que nuestra ley procesal no exige, como lo hace en su art. 943, n. 8, el Código de procedimiento francés, la prestación de juramento. Pero, por lo demás, en el mismo Derecho francés cabe impugnar la declaración jurada, ya que puede probarse la falsedad del juramento (así se desprende de la posibilidad de demostrar que es falso un juramento supletorio: v. BONNIER, *Tr. des preuves*, n. 327). Este juramento, que ha desaparecido de nuestra legislación (BORSARI, *Comm. al cod. di proc. civ.*, art. 872), es el *juramentum manifestationis*, tan frecuente en el Derecho alemán, con arreglo al cual puede exigirse de cualquie-

jurídico que produce las obligaciones del usufructuario de custodiar y restituír los bienes, no es simplemente la existencia de éstos, sino el hecho de haber obtenido la posesión de los mismos, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones del heredero que aceptó a beneficio de inventario respecto a los acreedores de la herencia; pero cuando el funcionario público no dé fe de la tradición de los bienes muebles, hasta que ésta se pruebe por algún otro medio, y se acredite que consistió en todos y los mismos bienes inventariados, carecen de fuerza probatoria sus declaraciones sobre la existencia y naturaleza de dichos bienes.

Respecto a los inmuebles, de cuya existencia no se necesita que dé fe el funcionario autorizante, la enumeración que de ellos haga en el inventario entre los bienes sujetos al usufructo, produce como principal efecto el de hacer constar que bien por sí, o por medio del usufructuario, el dueño conserva su posesión a título de propiedad. Pero también la manifestación ésta implica un juicio acerca de la naturaleza de la posesión, juicio que carece por sí mismo de valor probatorio absoluto; por eso, si no hay una válida aceptación del inventario por parte del usufructuario, puede impugnarse, probando que éste retuvo la posesión para sí y no a nombre de otro.

204. Para el propietario, es más importante que el testimonio del funcionario público la declaración que el mismo usufructuario hace contra sí, tanto en el inventario público como en uno privado; porque el usufructuario no sólo está obligado a suscitar la formalización del inventario y a satisfacer los gastos que ocasione, sino que debe suscribirlo juntamente con el funcionario autorizante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 872, *in fine*, de la ley de Procedimiento civil; y cuando el propietario renuncia a la formación de aquél, la firma del usufructuario constituye un elemento esencial del acto celebrado de común acuerdo, y no puede sustituirse, cuando no sepa o no pueda firmar, sino mediante la declaración debidamente autenticada, de que acepta la resultancia del mismo (1). Ahora bien, lo

---

ra persona que, estando en posesión de una herencia o de un conjunto de bienes, se halle obligada a devolverlos o a inventariarlos; cfr. WETZELL, *D. gem. Civilprozess*, § 28. De aquí que el Proyecto de Código civil germánico permita que se solicite del usufructuario cuando haya entrado en posesión de los bienes sin inventariarlos previamente; v. los §§ 993 y 777 y los *Motive* a ellos referentes.

(1) Esta declaración ha de constar notarialmente. No es preciso señalar cuánto difiere este acto, en que el fedatario asume la función meramente pasiva

[illegible] esta declaración que la firma del documento que implícitamente la presupone, no prueba el *juicio* del usufructuario de que la resultancia del documento esté conforme con la situación real de las cosas, sino su *voluntad* de no impugnarla. Como testimonio del que pueden servirse el propietario o su representante, la declaración tiene el valor y el carácter de una confesión extrajudicial, confesión que no se invalida a menos de probar que fué consecuencia de un error de hecho (artículo 1.360) (a), esto es, mientras no se demuestre, no solamente que faltó la debida correspondencia entre la realidad de las cosas y la confesión, sino que el confesante, en el acto de hacerla, ignoraba la falta de esta correspondencia. Aunque se pruebe la disconformidad entre el inventario y la realidad, no puede de ello inducirse la existencia de ese error, el cual ha de constituír el objeto directo de la prueba que el usufructuario aduzca para invalidar el inventario. Y precisamente por estimar que la prueba del error (o sea la no coincidencia entre la realidad y la representación de ella que hubo de forjarse el declarante), es cosa distinta e independiente de la prueba de la disconformidad objetiva entre la realidad y la declaración, es por lo que sólo hay que reputar admisible la prueba de un error excusable. El error inexcusable, aquél que puede evitar todo hombre de mediana prudencia, es el de demostración más incierta, y más fácil de confundir con la prueba de la disconformidad objetiva entre la realidad y la declaración (1). Por lo tanto, la eficacia del inventario aprobado por el usufructuario no está subordinada a que corresponda o no a la realidad; y si se formalizó a conciencia de su inadecuación con ella, surte iguales efectos que si se ajustó a la misma (2). Es decir, que una vez aprobado

---

de quien consigna lo que se le dice, del verdadero inventario público, en que es muy otra la función notarial.

(a) [Art. 1.234 del Cód. esp.]

(1) De ahí la perfecta sinonimia de *tolerabilis* y *probabilis error:* NERAT., 5, D. *Pro suo*, XLI, 10.—Cierto que también es posible el error improbable, pero el daño que de él procede tiene por causa principal al mismo sujeto equivocado, pues careció de la prudencia que la otra parte pudo suponerle, y, por tanto, es justo que soporte las consecuencias.

(2) Cfr. JUST., 13, C. *Arb. tut.*, V, 51: *sin ... inventario publice facto res ... conscripserit, et ipse per ejusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiæ, non esse aliud inspiciendum nisi hoc quod scripsit, et secundum vires ejusdem scripturæ patrimonium ... exigi.* En el Derecho romano la eficacia del reconocimiento es propia de la confesión judicial, pero no se limita a este único caso. V. la nota siguiente.

el inventario, ya se formalizara por funcionario público o se redactase privadamente, no sólo constituye un simple instrumento de prueba, sino la expresión de voluntad del usufructuario de reconocer como real el estado de cosas resultante de él, con la consiguiente extensión de los derechos del propietario. Sirve, pues, de garantía formal de aquellos derechos que, si bien tienen en la ley su fundamento, completan mediante el inventario las condiciones requeridas para su defensa ante los Tribunales (1).

---

(1) Entre la declaración que constituye un simple medio de prueba (como sería en nuestro Derecho la declaración hecha a un tercero) y la declaración que implica una voluntad de reconocer o confesar un hecho, cabe imaginar un tipo intermedio de declaración (contrato probatorio), que implique también acto de voluntad, pero no enteramente una confesión o reconocimiento: su efecto sería eximir a la otra parte de la obligación de aportar una prueba que debiera suministrar de lo contrario. Quien emitiera una declaración semejante, no podría luego exigir a la parte adversa que alegara y acreditara el fundamento jurídico de sus pretensiones; pero sí podría, en cambio, impugnar éstas mediante cualesquiera pruebas conducentes a la demostración de su falta de base. Tal sería, según algunos autores (SCHLESINGER, *Z. Lehre d. Formalcontr.*, Leipzig, 1858, I, § 11), el contenido posible, ya que no constante, de la confesión extrajudicial en el Derecho común, debiendo reducirse el *animus confitendi* a la simple intención y propósito de dispensar de prueba a la otra parte. Prácticamente, una declaración de esta índole se diferenciaría de la declaración considerada como simple medio de prueba en un solo matiz, a saber, en que aquélla no contendría referencia a un hecho determinado, del que traiga causa la relación jurídica; con esto bastaría ya para pensar que en el inventario no cabe este tercer término, toda vez que contiene siempre una relación detallada de hechos. No hay, pues, sino considerarlo como medio de prueba o como acto de confesión o reconocimiento; y no puede dudarse de que este último sea su verdadero carácter si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho el inventario, como cualquiera otra confesión extrajudicial, sólo puede combatirse probando el error de hecho cometido al formalizarlo. Contra el concepto del contrato probatorio, v. especialmente BAEHR, *op. cit.*, § 67. Entre los escritores de Derecho francés, el mismo ZACHARIÆ (§ 751) y sus comentaristas, que estiman la confesión judicial menos imperfectamente que los demás, están siempre muy lejos de admitir su verdadero carácter reconociente, con lo cual se da la anomalía de que tratan la materia bajo la rúbrica de «casos en que no ha lugar a la prueba», y a renglón seguido, y con una contradicción evidente, hablan de la fuerza probatoria de la confesión. En el Derecho romano el carácter obligatorio sigue necesariamente a la confesión judicial, pero debe admitirse que se da también en la extrajudicial, siempre que la confesión de un hecho implique el reconocimiento de una relación jurídica. V. BAEHR, § 45, y WETZELL, *Civilpr.*, § 22. Lo mismo debe decirse en cuanto al Derecho francés, aun cuando los escritores

205. Por lo demás, hay que distinguir con precisión entre las diferentes declaraciones que puede contener el inventario, para fijar su influjo sobre las obligaciones que asume el usufructuario con su confesión o reconocimiento de las relaciones jurídicas preexistentes. Si el usufructuario reconoce que en el usufructo está comprendido

---

antes citados creen que el legislador se remite a la apreciación del juez respecto al valor probatorio de la confesión extrajudicial, de la cual cabe siempre retractarse, sin necesidad de probar el error en que se hubiera incurrido. Nuestro Código ha introducido en esta materia una innovación radical equiparando por completo la eficacia jurídica de la confesión judicial y la de la confesión extrajudicial hecha a la parte contraria; así resulta comparando nuestro art. 1.360 con el 1.356 del Código francés; la única diferencia que necesariamente persiste entre ambas es la referente al medio de probar la confesión misma (a). Esta diversidad de criterio explica, aunque no llegue a justificarla, la conducta de los autores franceses que niegan su verdadera significación al inventario aceptado por el titular del usufructo; como explica también la tesis de ciertas sentencias que con facilidad propenden a admitir sustitutivos de aquél. Así, por ejemplo, no cabe sostener que sea inútil e innecesario el inventario (v. *supra*, nota 1 a la p. 9) porque al fallecer el testador se haya formalizado otro, destinado a fines diferentes de la relación que ha de establecerse entre propietario y usufructuario; sin embargo, tal es la afirmación contenida en un fallo que cita FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, art. 600, n. 12. — El último de los escritores que se ha ocupado de la materia (LESSONA, *Trattato delle prove*, parte general, nn. 375 y sigs., Turín, 1895) acepta la teoría común, negando a la confesión carácter convencional. Dejo al lector la tarea de explicar cómo se concilian en la mente de dicho autor las siguientes afirmaciones: «La confesión falsa puede ser un contrato simulado, pero no es una confesión» (p. 332); «si alguno dijera ser cierto un hecho que en realidad no lo es, con tal de que hable de un hecho, ya hay confesión» (p. 334), y, finalmente, que contra la confesión, «no basta probar la inexistencia del hecho confesado» (p. 527). — Una advertencia final: al dar al acto de voluntad contenido en la confesión el nombre de *acto de reconocimiento*, mejor que *contrato de reconocimiento (Anerkennungsvertrag)*, he querido poner de manifiesto que su eficacia no depende de que intervenga la aceptación de la parte favorecida. Si en un documento se reconoce la existencia de una obligación consignada en otro documento anterior (lo que el Código en su art. 1.340 llama *acto de renovación* o *de reconocimiento)*, y no se expresa el propósito de reconocer la existencia de la obligación primitiva, sino únicamente el de reconocer la *existencia y el contenido del precedente documento*, no por ello se constituye un nuevo fundamento jurídico de la obligación, y

(a) [Aunque el Cód. esp., a diferencia del italiano, no unifica el valor de la confesión judicial y de la extrajudicial, atribuye a ambas clases de confesión, a diferencia de lo que hace el francés, igual condición de irrevocabilidad, pues el artículo 1.234 está dictado con carácter general.]

un cierto predio, con ello suministra al que aparezca como propietario de tal predio un título que ha de servirle, al terminar aquél, para recuperar del dicho usufructuario la posesión del fundo; pero para liberarse del cumplimiento de la obligación de restituír no se necesita que demuestre que asumió esa obligación en la creencia errónea de que tenía una justa causa, pues sería suficiente demostrar que, mediante un acto jurídico anterior, le pertenecía su propiedad. Con su reconocimiento, da vida a un derecho a poseer en favor de la persona en cuyo beneficio se hace tal reconocimiento, y con ello convierte la posesión, que hubiera podido por su propio derecho conservar, en una posesión en nombre ajeno, y se coloca en la necesidad de asumir la posición de reivindicante, probando su derecho, cuando quiera poseer por sí. No es que haya pensado transmitir a aquella persona la propiedad que a él le pertenecía al realizar el reconocimiento; y aun cuando en tal momento hubiese tenido la duda o la certeza de su propio derecho, no por ello hay que presumirlo despojado del mismo, ni puede conjeturarse que quiso renunciar a él, porque movido por una causa cualquiera (1) haya reconocido que sólo tenía sobre el fundo un derecho de usufructo. Naturalmente que este reconocimiento no puede perjudicar el derecho de los terceros. Si luego de formalizado el inventario que contiene este reconocimiento, el supuesto usufructuario enajena el predio como propio y se transcribe en el Registro la enajenación, o si sobre el dicho fundo inscribe una hipoteca un acreedor suyo, el inventario no puede oponerse al transcribente o al inscribente; aun cuando en el reconocimiento estuviera comprendida una renuncia o una transmisión de propiedad, ésta carecería de eficacia si no se le hubiera dado publicidad mediante la transcripción. Pero tampoco contra el usufructuario y sus sucesores a título universal puede alegarse el reconocimiento hecho en el inventario como comprensivo de una renuncia o una transmisión, porque el objeto inmediato del

---

para discutir su eficacia no es indispensable una impugnación fundada en el error sufrido, sino que bastaría con exhibir el documento originario y hacer ver que se excedieron sus términos al reconocerlo.

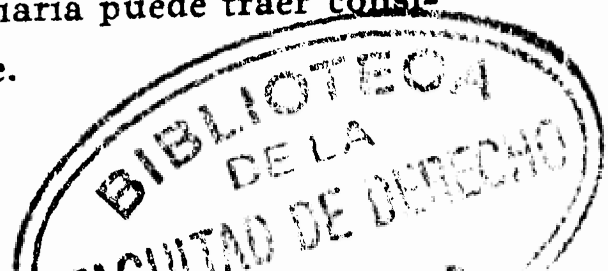
(1) Entre los móviles legítimos, puede contarse el propósito de regular provisionalmente las relaciones con la persona a cuyo favor se reconoce el derecho a la restitución, en espera de que se aclare si frente a ella se podrá, y en qué forma, actuar el propio derecho, cuya existencia no es, por de pronto, indudable. Quien duda de sus derechos, no está en el mismo plano que quien los ignora, ni es necesario equipararlos para dejar a salvo los intereses de aquél.

reconocimiento no es el derecho real de propiedad, sino un derecho personal que obliga a restituír la posesión (1).

Que es todo lo contrario de lo que ocurre cuando se trata de bienes muebles: si en el inventario se reconoce que en el usufructo están comprendidos algunos de ellos, el usufructuario no puede reivindicar la propiedad de los mismos sino cuando pruebe que al hacer el inventario y por un error excusable creyó que pertenecían a la persona a la cual se obligaba a restituirlos; y esto en razón a que renunció al derecho de propiedad que pudo tener sobre estos bienes muebles al renunciar a conservar o retener su posesión en concepto de dueño, que es condición imprescindible para la defensa de esta clase de propiedad; y al conservar la posesión en nombre de otro, hace así que adquiera éste por su medio la posesión en concepto de propiedad. No puede negarse la buena fe en quien adquiere la posesión por medio del usufructuario cuando no se haya probado el error cometido por éste en el inventario del que arranca esta adquisición; si es tan posible, por consiguiente, que el usufructuario ignore su mismo derecho de propiedad como que lo conozca, puede haberlo querido transmitir, y es incompatible lógicamente con la alternativa entre el reconocimiento y la transmisión del derecho la mala fe de la otra parte, esto es, la conciencia de no haber tenido el derecho anteriormente. En cambio, tanto la buena como la mala fe de la otra parte, son compatibles con el error del usufructuario, pues dicha parte puede, a su vez, haber ignorado o conocido lo que ignoraba el usufructuario; mas, probado el error de éste, para permitirle que reivindique no es necesario demostrar la mala fe de la otra parte. En realidad, la posesión de ese otro, a base de la cual puede él oponerse y frustrar la reivindicación, no está coordinada con el derecho a restituír, sino subordinada a él; si el usufructuario no está en el deber de reintegrar, no es poseedor en nombre ajeno, y no existe nadie que por medio de él tenga la posesión de la cosa;

---

(1) La idea fundamental de este párrafo la tomo de BAEHR (*op. cit.*, § 50). Razonando dentro del Derecho germánico, donde, por lo general, se exige la formalidad de la inscripción para la eficacia de las transmisiones inmobiliarias, aun entre partes, llega dicho autor a distinguir con mayor seguridad el acto de reconocimiento y el acto de renuncia. Y como, por otra parte, el Derecho común alemán no niega en principio la reivindicación de muebles contra un poseedor de buena fe, BAEHR no se plantea el problema de la diversidad de consecuencias que el reconocimiento de la propiedad mobiliaria puede traer consigo, cuestión tratada por nosotros en el párrafo siguiente.



pero precisamente al impugnar la renuncia y el inventario que la contiene, a causa del error cometido en su redacción, se priva de eficacia al vínculo obligatorio y se excluye así la posesión que es su consecuencia, suprimiéndose el obstáculo que se oponía a la reivindicación de la propiedad.

El efecto del inventario en cuanto acto de reconocimiento coincide, por tanto, con la fuerza probatoria que puede darle la intervención de un funcionario público, en el propósito de asegurar los derechos del propietario sobre los bienes muebles que aparecen según aquél comprendidos en el usufructo; en tanto que ni el testimonio del funcionario, ni la confesión del usufructuario, garantizan directamente sus derechos sobre los inmuebles incluídos en el inventario; únicamente se asegura el nudo propietario su derecho a la restitución y la posición jurídica de demandado frente a una posible reivindicación por parte del usufructuario, cuando éste confiesa que posee a nombre de aquél.

Como acto de reconocimiento, la importancia del inventario aparece también en la conformidad prestada por el usufructuario al avalúo de los muebles y la comprobación del estado material de los inmuebles (1). A virtud de tal aceptación, ese avalúo y esa comprobación dejan de ser un simple elemento que pruebe la extensión de las obligaciones impuestas por la ley al usufructuario, y se convierten en *fundamento de las obligaciones nuevas,* asumidas en sustitución de las del usufructuario, y fijan su extensión. Si el inventario lo formaliza un funcionario público bajo la autoridad del pretor, el usufructuario puede acudir a éste contra la valoración que hagan los peritos y contra una descripción que crea disconforme con el es-

(1) Con arreglo al Proyecto de Cód. civ. alem., para acreditar el estado en que se hallen los bienes sujetos al usufructo, y para valorar los que hayan de pasar a ser propiedad del usufructuario, se puede acudir a un peritaje, a instancia del dueño o del usufructuario, sin que éste quede obligado a aceptar el resultado a que se llegue (§§ 992, 1.019, que en la segunda lectura han pasado a ser el 994 y el 976).—En cambio, cuando se trata del usufructo de un patrimonio o de un conjunto de bienes, se exige al usufructuario un verdadero acto de reconocimiento, pues ha de suscribir el inventario de los bienes que lo componen (§ 993); en la segunda lectura, este reconocimiento ha venido a ser obligación recíproca del usufructuario y el propietario (§ 945), pudiendo, quien lo desee, solicitar la intervención de un funcionario público para acreditar así dicha circunstancia, y siendo de su cuenta los gastos que con ello se originan (a).

(a) [Figuran hoy estas soluciones en los §§ 1.034 y 1.035 del Cód. alemán.]

tado real de los inmuebles; y si el pretor no decretase una nueva pericia, aún puede acudir en queja al presidente del tribunal civil (arg. art. 782 de la ley de Enj. civ.); y si tampoco consigue satisfacción a su derecho con esta queja, puede rehusar su firma al inventario (1); y en este caso el dueño puede acudir al juicio ordinario para obtener una sentencia que resuelva el asunto, sentencia que sustituye a la conformidad del usufructuario y es el fundamento inmediato de las obligaciones de éste. Si por último desistiera de la impugnación y aceptase el avalúo, no puede eludir las obligaciones subsiguientes sino impugnando su propia declaración como viciada de error sustancial.

El reconocimiento por el usufructuario de derechos de índole mobiliaria no puede modificar en manera alguna las relaciones jurídicas preexistentes, porque a la posesión de los mismos no van unidos efectos propios, en tanto que el reconocimiento de derechos de índole inmobiliaria por parte del usufructuario, asegura al dueño todos los beneficios inherentes a la posesión. De suerte que si presto mi conformidad a un inventario que, entre los bienes sujetos a mi usufructo incluye un predio a cuyo favor hay constituída una servidumbre sobre un fundo de mi propiedad, el dueño del fundo usufructuado conservará la servidumbre, aunque, extinguido el usufructo, yo quiera estorbarlo; y no se le privará de la posesión si no triunfo en el ejercicio de la acción negatoria, que puedo ejercitar, como podría ejercitar la reivindicatoria del fundo incluído en el usufructo, salvo el caso de que, por un conjunto de circunstancias concurrentes, a este reconocimiento se le pueda atribuír el carácter de una enajenación; en tanto que si no me hubiera conformado con el inventario, podría negar al dueño la posesión de la servidumbre. Si en el inventario está comprendido un crédito o una patente de invención, el derecho eventual que pueda yo alegar en virtud de una cesión, de un legado o de cualquiera otro título sobre la propiedad del crédito o de la patente, no se modifica, en cuanto a las condiciones de su defensa, por la obligación asumida de restituirlo al propietario; y la misma obligación, como falta de causa que está, será ineficaz, salvo también el caso de que el reconocimiento pueda ser interpretado como transacción o renuncia.

---

(1) Si la disconformidad se refiere a la valoración atribuída a un objeto en concreto, puede firmar el inventario, haciendo constar la discrepancia y formulando la oportuna reserva acerca de este extremo (arg. también, art. 872, apartado penúltimo).

En general, pues, como el funcionario público no puede comprobar la existencia de los derechos que constituyen el objeto del usufructo, el usufructuario no puede reconocer con eficacia obligatoria su existencia o validez, y no impugna la resultancia del inventario porque, una vez que sea declarada la nulidad del mismo, pida que sea comprobada la nulidad de la obligación que tiene por objeto la restitución de ellos. Es de notar aquí la diferencia característica de los efectos que produce la confesión respecto a la inclusión de bienes muebles corporales en el usufructo. No hay posibilidad de probar la inexistencia absoluta de ningún bien mueble corporal; únicamente puede demostrarse que no se halla en posesión de una cierta persona. Ahora bien, el que conscientemente declara que el usufructo comprende bienes muebles corporales determinados, se obliga a restituirlos, háyalos o no recibido; y la obligación suya, mediante la confesión, se hace independiente de la causa contenida en el hecho de recibirlos. Pero pretender que la obligación carezca de objeto alegando que no existen estos bienes, equivale a pretender probar que esos bienes no se han recibido, o sea que la obligación carece de causa; y dada la eficacia de la obligación abstracta, desligada de la causa, esto no puede hacerse sino reconstituyendo el nexo entre obligación y causa, demostrando que la confesión se ha hecho a virtud de un error; que su causa subjetiva consistía en la recepción de los muebles; y que faltaba la causa objetiva, es decir, el hecho de la recepción. En cambio, los bienes incorporales pueden no existir en absoluto, esto es, puede no existir la obligación de una persona de prestar un servicio o una cierta relación de poder que ligue bienes corporales a una persona; y cabe entonces que la obligación de restituír, asumida por el usufructuario mediante la confesión, se desligue de la causa, lo cual significa únicamente que la obligación subsiste, aun cuando el usufructuario, al recibirlos, no haya recibido sino lo que le correspondía por otro título. Probada la inexistencia jurídica o la ineficacia del derecho que se obligaba a restituír, el usufructuario prueba únicamente la falta de objeto de su obligación, y no pretende indirectamente que su obligación, desligada de la causa, venga a carecer de ésta. Lo mismo puede decirse respecto a los inmuebles corporales, que pueden no existir también, si no en absoluto, relativamente, en cuanto al lugar donde se les sitúa; también aquí la prueba de la inexistencia en este determinado lugar, es una prueba de la inexistencia del objeto, asimismo admisible por parte de quien está obligado con abstracción de toda causa. Cuando, además, los bienes incorporales (e igualmente los inmuebles corpo-

tales) se valoran y el usufructuario adquiere su propiedad obligándose a restituír el precio de tasación, el objeto mismo de la obligación se transforma y no puede pretender el usufructuario la nulidad de la obligación de devolver alegando que carece de objeto, porque el derecho sea nulo (o porque el inmueble no exista en aquel determinado lugar), como no lo puede pretender si el derecho deviene ineficaz; si el crédito, por ejemplo, no es exigible. En este caso no tiene otro remedio que impugnar la obligación de restituír el precio por falta de causa; pero para ejercitar esa acción necesita probar que ignoraba la ineficacia del derecho (o la inexistencia del inmueble en aquel lugar), demostrando así que su obligación tenía por causa la adquisición de la propiedad del derecho (o del inmueble), y que ha faltado la causa.

206. Además de estar sujeto el propietario, como otro interesado cualquiera, a la fuerza probatoria de las informaciones recogidas por el funcionario público redactor del inventario (mientras no consiga probar su falsedad mediante el procedimiento especial señalado en la ley de Enjuiciamiento), queda obligado, lo mismo que el usufructuario, a virtud de la aceptación expresa del inventario, bien sea público, bien privado, prestada con su firma o mediante declaración verbal ante notario. Y no puede alegar, ni le es admitida prueba alguna sobre ello, deficiencias en la enumeración de los bienes asignados al usufructuario, ni sostener que el estado de ellos es distinto, o más alto su valor, si no impugna la aceptación misma como producida por un error excusable. Esta obligación se transmite a sus sucesores por título universal, pero no a los sucesores en la propiedad, ni a los demás causahabientes por título singular. En cuanto a los bienes cuya propiedad pasa al usufructuario con obligación de restituír su valor, el avalúo ejerce otra función: la de fijar la amplitud del derecho de crédito que el propietario adquiere en sustitución del dominio que pierde; y a consecuencia de esta transformación, el vínculo único posible que queda de sucesión y adquisición derivativa es la sucesión en aquel derecho de crédito o la adquisición de un derecho sobre él; de aquí que quienes sean sucesores en semejante derecho de obligación no puedan tener facultades mayores o distintas de las que correspondían al causante. En cambio, la transmisión de aquella propiedad que haya conservado el propietario, es totalmente independiente de la transmisión de las obligaciones que por virtud de la aceptación del inventario haya asumido el dueño para con el usufructuario; por ello se explica que,

para todos los sucesores y causahabientes particulares, dicho inventario constituya un simple medio de prueba, al que pueden libremente oponer otro cualquiera, y que la autoridad judicial pueda con discrecional arbitrio apreciar el valor de uno y otro.

Cuando el propietario asiste a la formación del inventario redactado por funcionario público, no creo que se le deba privar de recurrir al pretor, o en su caso reclamar ante el presidente del tribunal, contra las actuaciones de dicho funcionario, y singularmente contra la valoración que hagan los peritos. Por otra parte, tampoco cabe duda de que si el usufructuario no se aquieta ante estos recursos, o si el propietario quiere oponerse a los que el usufructuario deduzca, queda abierto para ambos el camino del juicio ordinario declarativo. Asimismo puede impugnar el propietario, ante los tribunales y en vía ordinaria, la regularidad y exactitud del inventario ya hecho, usando para ello de todos los medios de prueba, salvo las limitaciones que quedan señaladas respecto a la impugnación de manifestaciones del funcionario autorizante. Cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 921 de la ley de Enjuiciamiento civil, y hasta que se resuelva su impugnación, podrá pedir el secuestro de los bienes usufructuados; pero lo mismo que está facultado para entregar la posesión al usufructuario antes de pedir que se inventaríe, puede dejarle los bienes después de prevenido con el conocimiento de tal inventario, sin que de este hecho quepa inferir nunca el propósito de conformarse con la resultancia del mismo ni la renuncia del derecho a impugnarlo. Por lo demás, no desaparecen las diferencias todas entre la posición jurídica del propietario disconforme con el inventario y la del propietario que ni siquiera fué citado en regla para asistir a su formación, ni queda sin sanción el deber de citarlo que al usufructuario impone la ley; cuando no se cumplió tal formalidad, el dueño puede estimar nulo e inexistente el tal inventario, y pedir la formación de otro a costa del usufructuario; pero cuando se le cita, sólo tiene derecho a impugnar el inventario que juzgue inexacto, habiendo siempre de probar la deficiencia, falsedad o injustas apreciaciones que contenga. Este mismo derecho asiste a sus sucesores en la propiedad y a todos los causahabientes del propietario, y como no nace en el instante en que el inventario se formaliza, sino en el momento en que el usufructuario quiera utilizarlo contra ellos para librarse de sus obligaciones o limitar el alcance de las mismas, el término para prescribir comienza desde este instante. Aquellos a quienes en la época en que se formó el inventario les hubiera sido transmitida ya la propiedad,

pueden no obstante recurrir, por no haber sido citados para asistir a la formación del mismo; pero no los demás causahabientes del propietario, aunque estén investidos de un derecho real.

Permítasenos una observación más sobre este asunto. La obligación formal que asume el usufructuario con la prestación de su conformidad al inventario es una obligación eficaz contra todo el que suceda al propietario y traiga de él causa: este propietario que tenía un derecho de crédito incorporado a su patrimonio a virtud del reconocimiento hecho por el usufructuario, e inherente al derecho real que le corresponde sobre los bienes usufructuados, o un derecho de crédito consistente en la restitución de su valor, transmite aquel derecho de obligación juntamente con el derecho real o con el derecho al justiprecio. Pero al impugnar el inventario, bien el dueño, bien sus causahabientes, queda aniquilado el valor de acto de reconocimiento y reducido a un simple medio de prueba; afirmación que es consecuencia de la indivisibilidad de la confesión (artículo 1.360) (a). Tal como la interpreta la doctrina corriente (que en la confesión de una de las partes ve sólo el medio de liberar a la otra de la carga de probar los hechos aducidos en su defensa), el principio de que la confesión no puede dividirse en daño del que la presta implica que la parte contraria no puede rechazar como improbadas las manifestaciones accesorias que tienden a modificar en beneficio del confesante el hecho principal reconocido; sin que se prohiba que de contrario se puedan combatir aquellas declaraciones accesorias mediante cualquier otro medio de prueba (1). Y así, por ejemplo, si el usufructuario manifiesta haber recibido tales o cuales bienes muebles valorados en 100, el propietario puede alegar que se dé por probada la recepción de aquellos bienes muebles, sin perjuicio de producir prueba de que el valor de los mismos era superior a 100; así también, aun cuando el inventario, al decir que están comprendidos tales o cuales bienes muebles, contiene implícita la declaración de no hallarse comprendidos otros en el usufructo, el propietario, beneficiándose de esa manifestación positiva puede, sin embargo, probar que existían otros bienes muebles poseídos a título de usufructo, no obstante aquella negativa (2). Hay que aceptar estas conclusiones;

(a) [Art. 1.233 del Código civil español.]

(1) AUBRY Y RAU, § 751, nn. 36 y 38.

(2) Precisamente, con vista a estos efectos, despliega en el Derecho común alemán una mayor eficacia que la confesión el *juramentum manifestationis* de que hemos hablado, porque el propietario no puede aducir una prueba

pero si en general la confesión, y en particular la conformidad con el inventario por parte del usufructuario, posee una eficacia que sale fuera de los límites señalados por la doctrina corriente; si implica la voluntad del aceptante de asumir obligaciones en la extensión que fija el inventario, y da a las mismas un fundamento nuevo e independiente de los hechos jurídicos precedentes, la impugnación que el propietario haga del inventario, y el reconocimiento de su derecho a probar la inexactitud o deficiencia de él ha de producir un efecto reflejo en la posición jurídica del usufructuario. Si el dueño no impugna el inventario, no puede probar tampoco el usufructuario que le sea perjudicial por inexacto; pero si lo impugna el propietario, y trata de demostrar, no ateniéndose a él, sino a la realidad existente, que las obligaciones del usufructuario son mayores que las consignadas en el mismo, no necesita este último probar el error de la aceptación y, por lo tanto, de la falta de voluntad de obligarse en los límites señalados por dicho inventario; antes bien puede a su vez, siguiendo en su investigación al propietario, tratar de demostrar que si el dicho inventario es por una parte deficiente, por otra es excesivo; que si por un lado aparece obligado a restituír menos de lo que ha recibido, por otro resulta obligado a dar más; y si el usufructuario triunfa, priva también por este lado de eficacia al repetido inventario.

207. Suele decirse que cuando el propietario o el usufructuario son menores o están incapacitados, se necesita la intervención de un funcionario público para formalizar el inventario. Pero, en realidad, el propietario, que hasta puede renunciar a él, puede muy bien satisfacerse con uno formalizado privadamente por el representante del usufructuario incapaz (1). Mas la conformidad prestada por el representante, bien sea privado o público el inventario, no obligará por completo al usufructuario incapaz si no precede una autorización del consejo de familia registrada en el tribunal correspondiente, o una autorización de este mismo tribunal si se trata de un menor sujeto a la patria potestad (arg. artículos 1.361, 296, 301, 224) (a). Así, pues, la impugnación de un documento en que el tutor, sin estar autorizado por el consejo de familia y sin el registro

---

débil y sencilla contra la negativa contenida en la declaración jurada: v. WETZELL, *op. cit.*, § 29, n. 37, y § 26, n. 18.

(1) V. LAURENT, t. VI, n. 493; RICCI, t. II, n. 203.

(a) [Cfr. arts. 1.231, § 2.°, 269 y 164 del Código civil español, en los

del tribunal, reconociera haber recibido, a título de usufructo y en nombre del menor, determinados bienes muebles, no puede quedar subordinada a la prueba de que ignoraba la existencia del título que daba la propiedad de dichos bienes al menor; como tampoco es válida su renuncia en nombre del menor a la propiedad, y la transmisión al dueño, sin haberse observado previamente aquellas formalidades. De igual suerte es ineficaz, sin tales requisitos, la conformidad con el avalúo de los bienes cuya propiedad pasa al usufructuario a calidad de restitución. Puede haber, desde luego, en la aceptación del inventario algo que implique obligaciones que puede asumir válidamente por sí o con la simple autorización del consejo de familia, el representante del incapaz; tal ocurre con la aceptación del avalúo de los bienes cuya propiedad conserva el dueño y que el usufructuario está obligado a restituír en especie; o con el reconocimiento de que se poseen los bienes inmuebles a título de usufructo; el tutor, que sin autorización del consejo de familia puede en interés del pupilo ejercitar las acciones posesorias, puede también dejar que se pierda su posesión, sin que preventivamente quepa defensa contra las consecuencias de la actividad o de la inacción de dicho tutor.

Si la aceptación del inventario por parte del representante, no constituye un fundamento válido de obligación para el incapaz, dicho inventario, por lo que respecta a garantía de los derechos del dueño, no conserva más eficacia que la de un medio de prueba. Y precisamente para compensar su falta de función de reconocimiento y reforzar el valor probatorio del inventario es por lo que ante un usufructuario incapaz, puede el dueño con mayor fundamento exigir la formación del inventario de carácter público o con las solemnidades del mismo. En cambio, no me parece que al propietario se le deba facultar para exigir del usufructuario incapaz una aceptación registrada por la autoridad judicial e idónea para realizar completamente la función de reconocimiento. Puede, sí, exigir que el tutor esté autorizado por el consejo de familia para aceptar, porque sin esto la aceptación no realiza siquiera aquella función de resguardo o recibo de pago que libera al heredero de las obligaciones que en cuanto tal le incumben frente al legatario del usufructo, por lo menos en el que tenga por objeto la entrega de capital (artículo 296); pero la eficacia reconocedora y obligatoria que necesa-

---

cuales la necesidad de la intervención judicial está más limitada que en sus concordantes del italiano.]

riamente tiene la aceptación hecha por un usufructuario incapaz, se deriva precisamente de la libertad que tiene para disponer de su patrimonio; la ley no atribuye expresamente al propietario el derecho a exigir una conformidad de este carácter, ni puede invocarse para beneficio de los que se hallan frente a frente de los incapaces, aquella intervención de la autoridad judicial llamada precisamente a tutelar los intereses de éstos. Por lo demás, no es éste el caso único en que la posición jurídica de quienes están en relación con los dichos incapaces queda modificada por esa incapacidad legal, y para ello basta recordar la suspensión del término prescriptivo (a); de todas suertes, con la redacción del inventario en forma pública, el propietario obtiene la seguridad suficiente, y con dificultad ocurrirá en la práctica que la impugnación de él ofrezca dificultad menor que la que puede ofrecer la impugnación del acto mismo de reconocimiento.

En cuanto al usufructuario, que en general no puede exigir de un propietario capaz la conformidad con el inventario (1), *en nada se modifica su posición jurídica, porque se encuentre ante un incapaz;* queda en libertad, naturalmente, de acudir a la formalización del inventario ante funcionario público para que consten los límites de sus obligaciones, aunque no lo pida el representante del dueño.

La obligación del usufructuario de sufragar los gastos del inventario sufre modificaciones cuando la incapacidad legal del heredero propietario exija que se inventaríe la herencia, a fin de limitar su responsabilidad a la cuantía del caudal hereditario; y lo mismo ocurre cuando el heredero capaz de suceder no quiera aceptar la herencia sin este beneficio. En estos casos, el usufructuario no necesita provocar la formación del inventario, sino que le basta con intervenir en él y satisfacer el gasto mayor que requiera fijar la cuantía de sus derechos frente al heredero (2).

208. A falta de inventario, el propietario debe hacer constar por otros cualesquiera medios de prueba la cantidad y calidad de los

(a) [En Derecho español es contrario a esta suspensión el art. 1.935 del Código civil.]

(1) V. en cuanto a la obligación recíproca de aceptar el inventario, lo que decimos en la nota 1 de la p. 22 respecto a la segunda lectura del Proyecto de Cód. civ. alem.

(2) Pero entre estos gastos debe incluirse el que se origine al describir el estado de los bienes inmuebles, ya que tal extremo no le es necesario al heredero en cuanto tal.

bienes que está obligado a restituirle el usufructuario, así como el estado en que éste los recibe y el valor que tengan. A causa de las limitaciones que hay para la admisión de la prueba testifical (a), la facultad de recurrir a ella queda restringida cuando se trata de acreditar un negocio jurídico en que haya tomado parte él mismo o persona que de él trae su derecho; pero no cuando los suyos respecto al usufructuario se funden en actos realizados sin su participación, o en general en actos no encaminados a producir efectos jurídicos, ni cuando se trate de probar hechos que, realizados independientemente de aquellos celebrados con participación suya e independientes de los que han de probarse, hayan contribuído, sin embargo, a fijar su extensión (1). Por ello, sólo mediante prueba documental puede acreditarse la constitución contractual de un usufructo sobre bienes inmuebles, y no cabe que el de muebles por valor superior a 500 liras se demuestre sin un principio de prueba por escrito; finalmente, tampoco al propietario se le admite prueba testifical (cuando el valor de los bienes exceda de aquella cantidad, y no haya un principio de prueba por escrito), ni siquiera para justificar la transmisión voluntaria de la posesión de bienes sobre los cuales por un título cualquiera se constituya un usufructo. Si, en cambio, alega el hecho de la posesión adquirida o conservada por el usufructuario, sin que él la haya transmitido, no habrá indudablemente un contrato o convención (2), ni en manera alguna un acto susceptible de preconstituír prueba de él (3), por lo cual, la prueba de tes-

---

(a) [En el Cód. civ. esp. no existen limitaciones a la admisibilidad de la prueba de testigos, análogas a las del art. 1.341 del Código italiano.]

(1) No puedo detenerme, pues me llevaría demasiado lejos, a desarrollar la distinción que dejo apuntada; con ella he querido sustituír la que suele consignarse en la doctrina francesa e italiana entre *hechos jurídicos* y *hechos materiales* (o puros y simples) respecto a la admisión de la prueba testifical. V. sobre esta doctrina principalmente AUBRY Y RAU, § 762, nn. 1 a 12. En nuestro artículo 1.341 se ha reemplazado la expresión vaga *choses*, que contenía el concordante del Cód. francés, por la de *convenzione;* así se acentúa la antinomia con el art. 1.348, según el cual ha de considerarse como una excepción a la regla general la admisión de la prueba de los delitos y de los cuasi-contratos; y también es incorrecta en otro respecto la modificación, porque no extiende a los negocios jurídicos unilaterales la exclusión de la prueba testifical.

(2) Para atenerme a los términos del cit. art. 1.341.

(3) Para atenerme a la expresión del art. 1.348, incompatible con la del 1.341.—V. lo dicho en la nota 1 de esta página. Con el inventario, que el propietario puede exigir después de entrar en posesión de los bienes el

tigos será admisible sin limitación; como lo será, también, sin límite de valor, para demostrar la existencia y el estado de los mismos bienes voluntariamente transmitidos al usufructuario, siempre que no contradiga la prueba documental o las alegaciones incontestadas de la transmisión voluntaria: de aquí que si no se impugna, o si se prueba documentalmente la transmisión en concepto de usufructo de un conjunto de bienes de valor indeterminado, mediante testigos puede demostrarse qué bienes integraron aquel conjunto, el valor de los mismos y su estado; y si fué probado documentalmente, o no se discutió el valor de aquel conjunto de bienes, puede demostrarse con testigos su contenido específico dentro de los límites de aquel valor; pero no puede proponerse nunca prueba testimonial encaminada a demostrar para los diferentes bienes un valor total superior al que haya reconocido la otra parte o se haya demostrado con el documento acreditativo de la transmisión (1).

Varios escritores y algunas sentencias (2) se pronuncian en el sentido de que donde falte el inventario debe presumirse que el usufructuario recibió los bienes en buen estado de conservación, y hasta ven la sanción del deber, incumplido, de formalizar el inventario, en las facilidades que esa presunción da al propietario para acreditar la cuantía de sus derechos, y en el daño que al titular del usufructo puede así ocasionársele, ya que para disminuír esa responsabilidad necesita probar lo contrario. No hay en el Código nada que justifique esta afirmación, y las relaciones del usufructo son harto dife-

---

titular del usufructo, cabe, desde luego, dejar acreditado el hecho de la posesión; pero entonces se comprueba ese extremo, no en forma anterior ni simultánea, sino en forma posterior al hecho mismo de que provienen las obligaciones del usufructuario.

(1) LAURENT (t. VI, n. 593) es el único que suscita dudas respecto a la admisibilidad (debiera decirse «admisibilidad limitada») de la prueba testifical cuando falte inventario. La doctrina dominante en Francia (PROUDHON, n. 794; DEMOLOMBE, t. X, n. 472; AUBRY Y RAU, § 229, n. 5) admite sin límites, y como sanción de la falta de inventario, las declaraciones de testigos, y aun la fama pública, para probar la cantidad y calidad de los muebles comprendidos en el usufructo, para lo cual se basan, arbitrariamente, en los arts. 1.415 y 1.504 del Cód. civ. francés (cfr. el 1.445 del italiano), interpretándolos con criterios de analogía, sin tener en cuenta que contienen normas de carácter singular. En el mismo sentido, PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 506.

(2) PROUDHON, nn. 794 y ss.; DEMOLOMBE, t. X, n. 479; DALLOZ, *Us.*, n. 377; TOULLIER, t. III, n. 421; AUBRY Y RAU, § 229, n. 6; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 507.

rentes de las que median entre arrendador y arrendatario, pues al tener derecho este último a que le sea entregada la cosa en buen uso (artículo 1.576, principio), la ley presume que la ha recibido en ese estado cuando nada se consigna en contra (artículo 1.586) (a). El propietario no tiene esta obligación para con el usufructuario, y cuando le interese hacer constar que entregó las cosas en buen uso, debe procurar en tiempo oportuno que se formalice el inventario (1).

Y no le faltan ciertamente medios para obligar a ello al usufructuario; uno de los mismos, el principal quizá, es el de retener la posesión de la cosa hasta que se haga el inventario (artículo 496) (b). Pero el propietario no es el único que puede negarse a la entrega de la cosa por faltar el inventario; puede igualmente hacerlo, por ser responsable para con el dueño, si a ello accede, poniendo en peligro sus derechos, todo aquel que posea en nombre del propietario. Y además, también quien posee en su nombre, o sin título, o en virtud de un título vicioso puede oponerse a la pretensión de entrega de bienes hecha por un usufructuario que no haya inventariado, aun cuando por no haberse propuesto con anterioridad por el propietario la correspondiente acción reivindicatoria, no proceda la responsabilidad que el artículo 413 señala para el poseedor que por su libre voluntad deja de poseer; en todo caso, éste puede, en su propio interés, rechazar asimismo la demanda del usufructuario, o pedir que la entrega se subordine a la formación del inventario. En realidad, así es como el usufructuario exterioriza la posesión pretendida, y logra separar, frente al tercer poseedor, su propia causa de la del propietario, demostrando que el perjuicio que pretende evitar es el que se infiere a su derecho real de usufructo, y no el que pudiera sobrevenir al derecho de propiedad. La petición de posesión a la que no preceda el inventario es una petición que no se

(a) [Art. 1.562 del Cód. civ. esp.]

(1) LAURENT, t. VI, n. 504; RICCI, t. II, n. 205. Una sentencia citada por DALLOZ (n. 378) rechaza la prueba de los deterioros, cuya reparación pedía el nudo propietario a los herederos de quien tuvo el usufructo, y cuya fecha no se puntualizaba, porque el fundo no se había descrito ni al principiar ni al concluír el usufructo, y por tanto, faltaba toda base para juzgar. Este fallo significa implícitamente que no cabe apoyarse en la indicada presunción.

(b) [El Cód. esp. no regula expresamente los efectos del incumplimiento del deber de hacer inventario; pero combinando la doctrina del art. 491 con la de los arts. 494 a 496, relativos a la fianza, se infiere que la sanción aplicable no es otra que la privación de la posesión de los bienes, como en el Código italiano.]

distingue de la que pueda formularse en concepto de dueño; por lo tanto, carece el usufructuario de capacidad para formularla, porque no tiene la representación del dueño, y puede rechazarla el tercer poseedor a causa de que no tiene un fundamento suficiente en el derecho de usufructo. Claro está, por otra parte, que el usufructuario puede invocar la renuncia expresa a inventariar que haya hecho el propietario, la cual renuncia viene a sustituír al cumplimiento por su parte de esta obligación; el dueño que renuncie al inventario y declare consentir en que el usufructuario posea en su nombre los bienes que constituyen este derecho, sin que el suyo sea previamente reconocido, le confía la tutela del mismo y hace viable que sin ese reconocimiento pueda el usufructuario reivindicar de terceros la posesión como representante suyo; iguales efectos que la renuncia produce, por lo demás, la dispensa de inventario que se consigne en el título constitutivo del usufructo. Con más motivo hay que negar al usufructuario derecho a percibir el importe de los créditos que constituyen originariamente el usufructo cuando al vencimiento de los mismos pretenda posesionarse de las cantidades en que por esa causa el usufructo de aquéllos se transforma, si no ha cumplido con el deber de inventariar ni ha habido dispensa o renuncia al mismo; y el deudor puede rehusarle el pago de los créditos, atendido a que el abono hecho a quien carece de título suficiente es nulo, y él seguirá siendo responsable para con el propietario del crédito.

Por otra parte, el propietario puede pretender que se inventaríe, aun después de haberle transmitido la posesión al usufructuario, o después que éste la haya conseguido sin su consentimiento por otro cualquier medio; porque la voluntaria transmisión de aquélla no implica renuncia al inventario, que sólo es válida mediante declaración expresa. Para obligarle a realizarlo, no sólo puede pedir el secuestro judicial de los bienes usufructuados, sino incluso reivindicar y recuperar por sí mismo la posesión, sin perjuicio de su derecho a ser resarcido de los quebrantos que le ocasione el tardío cumplimiento de ese deber, a menos de que él sea el causante por haber transmitido voluntariamente y sin reservas la posesión.

Como quiera que la obligación legal impuesta al usufructuario no se entiende realizada hasta que se preste conformidad al inventario, cuando los usufructuarios sean varios y, por lo tanto, distintos los obligados, el propietario está en el derecho de incluírlos a todos y no puede servirse del formalizado por uno solo de los usufructuarios, aun cuando se haya citado a todos los demás; de suerte que si intervienen y lo aceptan sólo algunos, puede rehusar a los

demás la posesión hasta que cumplan por su parte el aludido deber y quedar mientras tanto en comunidad de disfrute con los primeros (1).

También los cousufructuarios tienen un interés legítimo en fijar unos respecto de otros la cuantía de los bienes para dejar a salvo el eventual derecho recíproco de acrecer, independientemente del interés que tiene el propietario de fijarlo frente a ellos. Pero este interés está suficientemente tutelado con la acción para dividir el disfrute, con el ejercicio de la cual en un juicio ordinario (2) logran previamente y del modo más seguro esta determinación, que pueden suscitar aun cuando el propietario haya renunciado a inventariar.

Cuando hay varios usufructuarios llamados al goce en períodos de tiempo distintos, basta el inventario que haga uno solo al posesionarse de los bienes, sin que los posteriores puedan quejarse de no haber sido llamados a intervenir en la formación del mismo; porque el primer usufructuario no tiene obligación alguna para con los sucesivos, sino únicamente para con el propietario, que es contra quien pueden aquéllos dirigirse, porque al primero de ellos no están ligados con vínculo jurídico alguno, y si quieren asegurar su legítima expectativa cuando ésta tiene por origen un legado, contra quien deben dirigirse para asegurarla es contra el propietario, a tenor del artículo 856.

209. Hasta que el usufructuario no consiga poseer la cosa, no puede desplegar sobre ella actividad alguna ni usarla como medio de obtener utilidades. Pero la facultad más esencial que contiene el derecho de usufructo, o sea la de adueñarse de los frutos de la cosa, puede ser independiente de la posesión; y del artículo 480 de nuestro Código vigente (a) aparece que lo es en efecto, porque éste señala como momento de apropiación de los frutos naturales por parte del usufructuario, no el hecho voluntario de la percepción de los mismos, sino el simple acto de separarlos; pero el desarrollo de esta tesis he de reservarlo para el capítulo IV, que dedico al derecho de

(1) Proudhon (n. 788) estima que basta con haberlos citado a todos, aunque sólo algunos hayan hecho el inventario. Si éste ha de tener mera fuerza probatoria, la citación está de más; y si ha de entrañar un acto de reconocimiento, no es suficiente, porque la citación no implica la conformidad de quienes dejaron de comparecer.

(2) V. *infra* el cap. X.

(a) [Cfr. art. 472 del Cód. civ. esp.]

disfrute del usufructuario. De todas suertes, ella nos procura el argumento más importante en favor de la doctrina en boga, que reconoce el derecho a los frutos aun al usufructuario que no haya cumplido la obligación de inventariar, y limita la sanción de esto a excluirle de la posesión (1). En cambio, subordinando a aquella formalidad el derecho a los frutos, resultarían inaplicables normalmente las disposiciones de los artículos 480 y 481 (b) acerca del reparto de los frutos entre usufructuario y propietario, porque, salvo casos excepcionales, el inventario no puede hacerse al comenzar el usufructo, en el instante mismo en que pone la ley el nacimiento del derecho del usufructuario a los frutos naturales y a la distribución proporcional de los civiles. Relacionado el artículo 496 de nuestro Código con el correspondiente del Código francés (artículo 600) nos proporciona un argumento literal secundario; según el primero, el usufructuario «no puede obtener la posesión hasta después de haber formalizado el inventario», en tanto que según el 600, «no puede (entonces) entrar a disfrutar» *(il ne peut entrer en jouissance)* (c); ahora bien, es positivo que se ha querido no mencionar obstáculo alguno para entrar a disfrutar; y como quiera que en el Código francés, que ponía ese obstáculo, la jurisprudencia reconoció casi constantemente que el derecho del usufructuario a los frutos era independiente de la formación del inventario, no hay, por consiguiente, pretexto alguno para considerar la privación de los frutos como sanción del deber de inventariar. No es, en cambio, muy sólido el argumento analógico que quieren deducir algunos escritores del

(1) DURANTON, t. IV, n. 593; MARCADÉ, ad art. 600; TOULLIER, t. III, n. 419; DUVERGIER (en TOULLIER, *eod.)*; DEMOLOMBE, t. X, n. 479; DALLOZ, n. 384; BORSARI, § 989; PACIFICI-MAZZONI, n. 507; RICCI, t. II, n. 598 (a).

(a) [También en la doctrina patria es opinión predominante que la sanción de la falta de inventario no puede ser otra cosa que la que se deduce del artículo 494, o sea no pasar los bienes al poder del usufructuario, sin que por esto pierda su derecho a los frutos, ya que en la frase del 491, «antes de entrar en el goce de los bienes», *goce* viene a significar posesión, uso o tenencia, no percepción de frutos (SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 575; MANRESA, *op. cit.*, página 456). Discrepa DE BUEN en sus Adiciones al *Derecho Civil* de COLIN Y CAPITANT, t. II, pág. 775. Respecto al mismo problema en el usufructo foral de viudedad, v. los arts. 68, párr. último, y 71 del Apéndice aragonés.]

(b) [Arts. 472 y 474 del Cód. civ. esp.]

(c) [El Cód. esp. emplea fórmula algo análoga a la del francés, diciendo, artículo 491, que el usufructuario está obligado a formar el inventario y prestar la fianza «antes de entrar en el goce de los bienes».]

artículo 500 (a); que el retraso en afianzar no prive del derecho a los frutos no es en sí una razón para que al usufructuario que no haya inventariado se le prive de ellos. Pero tampoco es lícito deducir *a contrario sensu* un argumento de aquel precepto para favorecer la opinión opuesta y suponer por ello que esté excluída expresamente la privación en un caso y no lo esté en el otro; porque de todas suertes y respecto a los frutos, es distinta también la posición del usufructuario que no inventaría de la situación en que se coloca el que no afianza; éste, como veremos mejor en el capítulo siguiente, no sólo tiene derecho a los frutos que dé la cosa, sino incluso a los que pueda dar y aun cuando carezca de derecho para pretender su posesión, puede exigir que a aquélla se le dé un destino productivo, en sustitución del disfrute directo de que está privado; en tanto que mientras no inventaríe, sólo tiene derecho a los frutos que el objeto pueda producir según su destino anterior, y no puede quejarse de carecer de un sustitutivo del disfrute directo, que sólo al propietario presta utilidad. Por lo demás, sería demasiado severa la sanción de privar de los frutos al usufructuario por haber incumplido su deber de inventariar; la seguridad que con la formación del inventario se procura dar al dueño, no sufre disminución en lo más mínimo, aunque aquél falte, mientras el propietario retenga la posesión o pueda recuperarla; y hasta podía éste encontrar oneroso el que se le obligue, por la negativa del usufructuario a inventariar, a tener que conservar en su interés la administración, si bien puede no resignarse, e indirectamente forzarle al cumplimiento con la demanda de que se le resarza de los daños que esta omisión le causa.

No tiene partidarios la doctrina contraria, según la cual la falta del inventario impide completamente al usufructuario apropiarse los frutos de la cosa ni pedir siquiera su entrega, pudiendo exigirle el dueño que le restituya los que haya percibido (1). Algunos escritores adoptan una solución intermedia, y reconocen que el usufructuario puede adueñarse de los frutos cuando sin inventario se posesiona de los bienes con el consentimiento del propietario, aunque éste no haya renunciado a pedirlo; pero le niegan el derecho de exigir los frutos cuando el propietario conserva la posesión; creen que

---

(a) [Comp. art. 496 del Cód. civ. esp.]

(1) V. las sentencias citadas por Fuzier-Herman ad art. 600, nn. 27 y 28.—También Laurent (t. VI, n. 501) expone al usufructuario a la pérdida de los frutos cuando el inventario falte, para lo cual invoca la autoridad de Proudhon, sin tener en cuenta la distinción que éste defiende.

si se posesiona sin el consentimiento del dueño, los percibe ilegítimamente, y, por consiguiente, está obligado a restituirlos; y aun el usufructuario que se posesiona con el consentimiento del dueño incurre en mala fe desde el momento que le exige éste la formalización del inventario, quedando desde tal instante obligado a restituír los frutos que perciba antes de obedecer la intimación (1). Esta solución no es tan ilógica como suelen serlo las intermedias; atribuír al usufructuario los frutos que haya obtenido cuando posea con el consentimiento del dueño, estaría justificado por la naturaleza de su posesión; es poseedor de buena fe del derecho de usufructo cuando el propietario mismo le entrega la cosa, aunque sepa que si se constituye en mora respecto al inventario, el dueño puede recobrar la posesión. Atendido lo expuesto anteriormente, no pueden, sin embargo, admitirse distingos; y hay que reconocer que están legítimamente adquiridos los frutos que perciba el usufructuario cuando él mismo se haya posesionado de los bienes; como hay que admitir igualmente el derecho a pedir los frutos que corresponde al usufructuario no poseedor. Si es dueño de los frutos separados desde el momento en que nace el derecho de usufructo, la obligación de restituirlos por parte del propietario que los percibe existe desde aquel momento como una consecuencia necesaria de su derecho real; y el enajenarlos, o consumirlos el dueño entraña agravio para aquél y lleva consigo la obligación de devolver su valor. Contribuye a corroborar este derecho suyo, a lo menos en el caso más frecuente de constitución de usufructo (que es el de un legado, al que debe equipararse el usufructo del cónyuge supérstite, que viene a tener el carácter de legado impuesto por la ley), la obligación positiva personal, impuesta al heredero por el artículo 865 (a), de entregar al legatario los frutos desde el día de la apertura de la sucesión cuando el legado consista en un fundo, un capital u otra cosa productiva (2).

---

(1) En tal sentido, PROUDHON, nn. 793 y 798.

(a) [Cfr. art. 882 del Cód. esp.]

(2) En la jurisprudencia del Derecho común se admite que haga suyos los frutos, aunque no haya prestado *cautio*, el usufructuario que haya entrado en posesión de los bienes con autorización del dueño; pero algunos estiman que éste puede reclamar la devolución de todos los percibidos en el caso de que el usufructuario incurra en mora: CASTILLO, l. I, c. X, nn. 12 y ss.; otros creen que puede exigir la restitución de los percibidos después de pedida la *cautio*: VOET, l. VII, tit. IX, n. 3; no falta, finalmente, quien opine que cabe reclamar

210. Aun cuando la ley no impusiese al usufructuario la obligación de inventariar, siempre tendría facultad el dueño para hacer constar con un inventario formalizado ante funcionario competente, la cantidad, la calidad y el estado de los bienes objeto del usufructo; pero naturalmente lo formalizaría a su cargo y de su cuenta y no podría obligar al usufructuario a intervenir en él, ni mucho menos a conformarse con los resultados del mismo. Ahora bien; salvo las apreciaciones directamente hechas por el funcionario público (que no podría impugnar sino querellándose por falsedad), en cualquier tiempo y por cualquier medio probatorio podría el usufructuario impugnar el hecho por el propietario, única forma de eludir las consecuencias que de él se derivasen en punto a su responsabilidad. Tampoco me ofrece duda que, aun no imponiendo la ley al usufructuario la obligación de inventariar, y después de nacer el derecho de éste al disfrute exclusivo, y luego de obtenida del dueño la posesión de los bienes, el propietario podría proceder a formalizar el inventario (1). Para redactar el inventario no se necesita tampoco que el usufructuario devuelva la posesión al dueño; basta con que le permita inspeccionar los bienes; y la molestia que esto pueda ocasionarle, ni constituye una privación de goce, ni viola ninguno de sus derechos (2). Por otra parte, chocaría con la libertad de que disfruta el propietario para disponer de sus bienes y defenderlos durante el usufructo, el llevar demasiado lejos la tutela del derecho del usufructuario al goce exclusivo; no cabe, pues, que éste impida la comprobación del estado de los bienes cuando la quiera hacer el dueño, si, por ejemplo, trata de venderlos, o desea fijar su valor con el fin de señalar la extensión de la garantía que brinda a sus acreedores, o haya de practicarse un peritaje o una ins-

---

tan sólo los percibidos después de contestada la demanda: FABER, *Ration. in pandect.*, tit. II, p. II, ad l. 7 D. VII, 9; cfr. GLÜCK, § 656 *in fine.*

(1) Quien parece ponerlo en duda es DANIEL, lug. cit., p. 106, n. 1.

(2) ¿Podría pedir el dueño que, a sus expensas, se hiciera un nuevo inventario alegando una causa legítima que le impidiera intervenir en la redacción del primero? En sentido afirmativo se pronuncia TOULLIER, t. II, n. 419, y también DEMOLOMBE, t. X, n. 466; DALLOZ deja la resolución del caso al arbitrio del Tribunal. Yo estimo que el propietario no puede, en ningún caso, obligar al usufructuario a que intervenga en el inventario nuevo hecho por aquél, ni puede, tampoco, hacerlo valer contra dicho usufructuario si se llevó a cabo sin intervención suya. De modo que el dueño no tiene más remedio que el de la impugnación si quiere rectificar un inventario hecho sin su presencia. Véase *supra* n. 206.

pección ocular con motivo de un procedimiento entablado para rechazar pretensiones contrarias o probar una propia, en el cual procedimiento cabe que sean necesarias estas actuaciones; y en estos casos el usufructuario queda inevitablemente expuesto a molestias superiores a las que el inventario le pueda causar.

A más del derecho a inventariar, el propietario que cumple la obligación, creada voluntariamente, o impuesta por la ley o en testamento, de entregar los bienes objeto del usufructo, tiene en todos estos casos derecho a obtener prueba de dicho cumplimiento, y la carta de pago que dé el usufructuario, comprende el reconocimiento de la obligación del propietario para con él de entregar la cosa, pero no la confesión subsiguiente de que se obligue ante el mismo a conservarla y restituirla. Los gastos que cause este pago son gastos hechos en interés del deudor, quien debe satisfacerlos, como todos los que origina el pago en general, según lo dispuesto en los artículos 1.250 y 877 (a) de nuestro Código, ya que entre ellos está comprendido aquél (1). Cabe que el propietario sea persona distinta de la que estaba obligada a la prestación y la ha cumplido, como en el caso de un legado de nuda propiedad; y en este supuesto, tampoco puede servirse indirectamente de la carta de pago dada por el usufructuario al deudor. Pero aun cuando sea el propietario mismo el que cumpla la obligación de la entrega y obtenga la carta de pago, tampoco con ella tiene preconstituída la prueba de los actos en que se funda la obligación del usufructuario; porque la carta de pago se refiere exclusivamente a los hechos relativos a su obligación para con el usufructuario mismo, la eficacia del documento se limita a liberar de un deber al dueño, y es completamente independiente de la función de probar, y de la fijación específica de los hechos mismos. El usufructuario no tiene por qué consignar en la carta de pago la indicación de los bienes recibidos, y mucho menos describir su estado y valorarlos; con limitarse simplemente a declarar que ha recibido todos los bienes en que consista el derecho de usufructo, confiesa lo necesario para suministrar al entregante una seguridad plena contra cualquiera ulterior pretensión suya.

(a) [Arts. 1.168 y 886, párr. 3.º del Cód. civ. esp.]

(1) Cfr. Giorgi, *Obbligaz.*, t. VII, n. 69. Constituye una verdadera excepción el gasto de timbre para el resguardo, cuyo pago exige la ley de 11 de enero de 1880 al acreedor, imponiendo a éste la correspondiente sanción si el sello falta (art. 9.º); el propósito parece ser estimular una pugna de intereses entre acreedor y deudor, merced a la cual sea más fácil descubrir la infracción tributaria.

Ahora bien, es evidente que al quedar dispensado el usufructuario, por el título constitutivo, de la obligación legal de inventariar, no queda privado el propietario de pedir la correspondiente carta de pago; no obra entonces como acreedor del usufructuario, sino como deudor suyo y cumplidor de su prestación; ni tampoco se quita al dueño su derecho a proceder por sí mismo a la formación del inventario, derivado inmediatamente de su derecho de propiedad, y que no puede negársele sin anular la facultad de disponer de lo que le pertenece. No puede interpretarse como prohibición de inventariar, la dispensa del inventario, y si el testamento contiene explícitamente esta prohibición (1), la liberalidad queda sujeta a una condición imposible jurídicamente, y por lo tanto, ineficaz. El viejo argumento de que quien puede lo más puede lo menos, y que, por consiguiente, si el testador pudo legar la propiedad en vez del usufructo, también pudo dar al usufructuario una independencia absoluta frente al propietario, prohibiéndole inventariar, ha sido ya objeto de bastantes burlas para que necesite entretenerme mucho en refutarlo una vez más. Pudo, indudablemente, el testador transmitir la propiedad en vez del usufructo; pero como no la transmitió, después de investir a uno de la propiedad no puede privarle de ninguno de los elementos esenciales de su ejercicio, como sería lo que ocurriera al prohibir el inventario; a la manera como no puede imponer al beneficiado la prohibición absoluta de enajenar. Tampoco cabe invocar en apoyo de aquella pretensión el legítimo interés que pueda haber tenido el otorgante en mantener secreto el contenido de su patrimonio, porque—aparte de que ése no es un interés que deba tutelar la ley—, si al disponente sucede un heredero mayor de edad, siempre quedará en condiciones éste, aun renunciando a pedir el inventario, de proveer en la forma que crea conveniente para defender un interés que ya es suyo propio; y si fuera menor de edad, la ley obliga al inventario a fin de amparar su imperfecta capacidad. De la ineficacia de la prohibición se sigue, naturalmente, la ineficacia de cualquiera sanción que vaya a ella unida para asegurar su cumplimiento y singularmente la cláusula de caducidad (2).

---

(1) Cuando el usufructo se constituye por acto *inter vivos*, es forzoso que intervenga la persona que adquiere la propiedad (o que se la reserva, cediendo aquél); por consiguiente, aquí no cabe la prohibición de inventario, sino la renuncia a él, respecto a la cual debe verse el número siguiente *in fine*.

(2) No está en oposición con este criterio el fallo dictado en 24 de marzo de 1887 por el T. de Cas. de Nápoles (*Gazz. proc.*, 1886-87, 92). El caso era el

Si hay varios propietarios, no sólo puede cualquiera de ellos proceder al inventario de que el usufructuario esté dispensado, como podría exigirlo del usufructuario obligado, sino que tiene derecho a repetir contra los demás por los gastos satisfechos, en virtud de que son expensas necesarias para la conservación de la cosa común (1).

211. Conforme en el punto esencial con la teoría dominante (2), no creo sin embargo que el efecto de la dispensa de inventariar deba quedar reducido a trasladar del usufructuario al propietario la carga de los gastos, sino que, a mi juicio, mediante ella queda el usufructuario liberado de la obligación que le impone la ley, y que, por consiguiente, el propietario está en todo caso en su derecho para proceder a la formación del inventario, antes o después de haber hecho la entrega, pero no puede pretender del usufructuario que reconozca y acepte la obligación de conservar y restituír los bienes sometiéndose al resultado del mismo; ni puede en el caso de una negativa suscitar en vía contenciosa una demostración de la cuantía y estado de los bienes sometidos al usufructo. En el Código francés

siguiente: el testador, después de haber instituído a sus hermanas usufructuarias universales, en un segundo testamento limitó su usufructo a los bienes inmuebles, las eximió de inventario y de rendición de cuentas por lo que a los muebles respectaba, y les impuso «la obligación de conciencia de ir formando, a su albedrío, y como más cómodo les resultara, un capital con las alhajas, objetos de plata y otros muebles del caudal relicto, a fin de tener su usufructo y dejar a sus sobrinos la propiedad de aquél». Aquí, como se ve, no había un derecho de propiedad constituído por el testador como correlativo a otro de usufructo y privado de alguno de los elementos que el dominio requiere para su validez y eficacia. Las hermanas tenían la propiedad de los muebles; la obligación de conciencia que se les imponía para que se considerasen como usufructuarias de ellos y reservaran la propiedad a los sobrinos, no tenía en absoluto el carácter de un vínculo jurídico.

(1) Sent. del Tral. Sup.° (Gran Corte) de Nápoles, fecha 19 julio 1854, citada por PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., n. 510.

(2) Respecto a ésta, v. SALVIAT, *Usufr.*, t. I, p. 202; PROUDHON, números 800 y ss.; TOULLIER, t. III, n. 420; DURANTON, t. IV, nn. 598 y 599; MARCADÉ, ad art. 600, n. 3; DEMOLOMBE, t. X, n. 473; AUBRY y RAU, § 229, nn. 10 y ss.; LAURENT, t. VI, nn. 497 y 498; DALLOZ, n. 390; BORSARI, § 988; PACIFICI-MAZZONI, nn. 510 y 511; RICCI, t. II, n. 200.—Contra la validez de una prohibición en garantía de la cual se conmine con la caducidad, véanse DEMOLOMBE, t. X, n. 476; DALLOZ, n. 391, y BORSARI, § 988.—V. también, respecto a la teoría dominante, las sentencias dictadas por los Trales. de Apel. de Milán, 14 diciembre 1877 (*Mon. trib. Mil.*, 1878, 74) y de Brescia, 19 di-

no hay disposición alguna acerca de los efectos de la dispensa (a); nuestro Código, en el apartado 3.º del artículo 496, dice: «Cuando el usufructuario esté dispensado de inventariar, podrá el propietario pedir la formación del inventario a su costa.» Con estas palabras el legislador presupone la eficacia de la dispensa de la obligación legal del usufructuario, y si hubiese querido reconocer únicamente la exención de la carga de los gastos, en vez de agregar al artículo 496 ese tercer párrafo, hubiera podido y debido limitarse a formular el segundo en los siguientes términos: «los gastos correspondientes serán de cuenta del usufructuario cuando no se le exima de ellos». El que después se faculte al propietario para requerir *(richiedere)* el inventario, no significa que pueda pedirlo al usufructuario, sino que está facultado para suscitar mediante acto de jurisdicción voluntaria su formalización, y por ello el 866 del Código de Procedimiento civil, designa como facultad de pedir *(domandare)* inventario la que corresponde a toda persona que, sin encontrarse frente a otra investida en la actualidad de un interés opuesto al suyo, quiera proceder a su formación bajo la autoridad del pretor. Especialmente si tomamos en cuenta que al aceptar la valoración de los bienes muebles contenida en el inventario, pierde el usufructuario el derecho, que alternativamente le concede el artículo 483 (b), para optar entre la restitución en especie de los bienes fungibles y la restitución del precio corriente de ellos al terminar el usufructo, aparece justificado el interés del usufructuario en rehusar su conformidad. Por lo demás, ningún comentarista del Código francés ni del nuestro descubre el carácter reconociente del inventario aceptado, y en las discu-

---

ciembre 1887 *(eod.*, 535).—En cambio, para estudiar la validez de la prohibición de inventario, v. MERLIN, *Rép.*, voz *Us.*, § II, 2; MALLEVILLE, *An. du code*, ad art. 600 y los fallos que cita DALLOZ, n. 389. Al discutirse el Código francés en el Consejo de Estado, se manifestó ya la opinión de que la dispensa de inventario debiera interpretarse como prohibición de él; no siendo exacto, como afirma PROUDHON (n. 813), que aquel Cuerpo rechazara una enmienda en que dicha prohibición se acogía de manera expresa: la enmienda propuesta y no aceptada tendía más bien a atribuír a la dispensa el valor que hoy le concede el art. 496 de nuestro Código; v. LOCRÉ, *Lég. de la Fr.*, t. IV, pág. 117. En el Código de las Dos Sicilias (art. 525) parece que se admitía, sin atenuaciones, la eficacia de la dispensa. El Código Albertino, por el contrario, proclamaba solemnemente la obligación del titular del usufructo, no obstante cualquiera forma de dispensa (art. 512).

(a) [Tampoco la contiene el español.]

(b) [Art. 482 del Cód. esp.]

siones, harto extensas, que han tenido acerca de la eficacia de la dispensa, todos se han olvidado de plantear un problema: el de si el propietario, después de redactar el inventario, puede exigir su aceptación del usufructuario dispensado, y en caso de negativa, suscitar la comprobación judicial del conjunto y estado de los bienes sujetos al usufructo. Para su resolución afirmativa, no basta referirse al contenido de la obligación que impone la ley, bien porque, si no la reconoce, se presupone la dispensa, ya porque a más de los argumentos que la ley nos proporciona, la aceptación por el usufructuario no es condición imprescindible para que estén amparados los derechos del dueño, y por lo tanto, el excluirla no constituye una condición jurídicamente imposible. La posición jurídica del propietario no se aparta sustancialmente de la que tiene un acreedor cualquiera en la época que precede al vencimiento de su derecho, y sean cualesquiera los fundamentos que puedan aconsejar el reconocimiento de una acción a favor del acreedor para asegurar preventivamente el importe de su crédito, poniéndolo a cubierto de discusiones, a mi parecer, en nuestro Derecho positivo, no hay elementos bastantes para reconocerla (1).

Según la opinión dominante (2), la dispensa de inventariar carece de eficacia si el nudo propietario es heredero forzoso y el usufructo legado es igual a la parte libre, porque en este caso el derecho a disfrutar sin inventario podría perjudicar la legítima. Justifícase esta excepción, porque si bien la dispensa no confiere al usufructuario el derecho de disfrutar sin inventario, el heredero forzozo que quisiera impedirlo, tendría, para asegurar su legítima, que proceder a hacerlo a su costa, y quedaría de esta suerte, si no directamente obligado por lo dispuesto en el testamento, colocado al menos en la necesidad de sufrir la carga de estos gastos sobre la cuota misma. Pero entiéndase bien, queda justificado únicamente cuando el valor de capitalización del usufructo legado equivalga a la parte libre, o más exactamente cuando la supere el valor del

(1) BAEHR defiende enérgicamente la acción para obtener el reconocimiento (*op. cit.*, § 69). Si se admitiera el derecho del propietario a exigir que el inventario sea aceptado, aunque él lo costee, por un usufructuario a quien se hubiera dispensado de formalizarlo, y que por tanto estuviera exento de semejante obligación legal, convendría también reconocer al usufructuario el derecho a exigir la aceptación por el dueño, para fijar así de antemano la extensión de sus deberes.

(2) V. los autores citados en la nota 2 de la p. 42.

usufructo sumado con los gastos de inventario; porque si no aparece este exceso, y solamente hay exceso de la renta del usufructo sobre la de la parte libre, el legitimario (que, mediante una extensión de su nuda propiedad, puede ser compensado ampliamente del pleno dominio de que se le priva), no puede aspirar a la reducción del legado haciendo ineficaz la dispensa de inventario, puesto que para la seguridad íntegra e indiscutible de su cuota hereditaria, la ley le concede el derecho a renunciar en favor del legatario al pleno dominio de la parte libre (1) (a).

Los efectos de la renuncia al inventario son en muchos respectos afines a los de la dispensa. Del hecho de transmitir la posesión al usufructuario no puede inducirse en manera alguna una renuncia tácita, pues, como hemos notado, el propietario conserva el derecho de exigir a aquél en cualquier tiempo el cumplimiento de la obligación que la ley le impone; en cambio, la renuncia expresa no sólo obliga al propietario que la hace, sino también a sus herederos. Ahora bien, si por efecto de la dispensa el usufructuario queda exento del deber de inventariar, frente a cualquiera que pueda adquirir la propiedad, no ocurre lo mismo cuando se trata de mera obligación asumida por el propietario, ya que no produce efectos *reales*, ni modifica las condiciones en que merece amparo el derecho de propiedad que adquiera otro (bien dependientemente, bien independientemente del derecho de propiedad que tuviera el renunciante). Incluso el propietario y sus sucesores a título universal, que por el acto de la renuncia quedan personalmente obligados, no por ello pierden—y éste es el punto de tangencia entre la renuncia y la dispensa—, el derecho a proceder por sí mismos y a su costa a la formación del inventario, sin exigir, naturalmente, la presencia ni la conformidad del usufructuario. En realidad, al renunciar contractualmente al derecho de inventariar, faltaría uno de los requisitos esenciales para la existencia jurídica del contrato, o sea la de-

(1) V. en el t. I los nn. 144 y ss., y en este II *infra*, el n. 215.

(a) [En Derecho español, la dispensa del inventario tiene una particularidad importante. El art. 493 sólo admite dicha relevación para los casos en que de ella no resultare perjuicio a nadie. Por otra parte, mediando esta condición, estima unánimemente la doctrina (SÁNCHEZ ROMÁN, p. 576; MANRESA, p. 466; SCAEVOLA, p. 1.007), que, no sólo el nudo propietario y el constituyente del usufructo pueden conceder la dispensa, sino también los Tribunales de Justicia, a petición del usufructuario, cuando estimen concurrente el indispensable requisito de la falta de perjuicio para el propietario.]

terminación del objeto. Abandonar el derecho de comprobar cuáles y cuántos son los bienes muebles sujetos al usufructo, equivaldría a abandonar el derecho de disponer de ellos y a que el usufructuario pudiera convertir en posesión a título de propietario la posesión que como usufructuario tenía, sin que aparezca, con la renuncia hecha así, de qué propiedad suya, o parte de ella, quiere despojarse.

La renuncia al inventario que haga uno de entre varios condueños no priva a los demás del derecho de exigirlo al usufructuario. Y como los otros no obtienen beneficio mayor con ello del que hubieran obtenido si no mediara la renuncia y el primero hubiera ejercitado juntamente con ellos el propio derecho, pueden pedirlo sin cargar con la parte de gastos que correspondería al primero si, renunciando todos, quisiese proceder después por su propia cuenta al inventario (1). El reembolso de esta parte de los gastos puede además el usufructuario exigirlo del renunciante que se beneficie con el inventario hecho por los demás y que hubiera asumido implícitamente con la renuncia la carga de soportar los gastos proporcionalmente a su derecho para en el caso de que quisiera proceder a un inventario.

En cambio la renuncia hecha por el propietario en favor de sólo uno de los varios usufructuarios, aun cuando no le priva del derecho a exigir de los demás la prestación indivisible del inventario, le obliga a satisfacer la parte de gastos que éstos no pueden repetir del usufructuario liberado (2).

La dispensa del inventario no puede darse más que en el caso de constitución voluntaria del usufructo (3); la ley no la concede a los individuos a quienes otorga ella misma el usufructo (4); por tanto, los padres que gozan del usufructo legal de los bienes de sus hijos, sufragan los gastos del inventario (5); claro está, que únicamente en la parte necesaria para fijar sus respectivos derechos, y no todos los del inventario de la herencia a que esté llamado el menor,

---

(1) V. Giorgi, *Obblig.*, t. I, n. 267.

(2) V. Giorgi, t. I, n. 265; t. VII, n. 238.

(3) Y debe expresarse en el título o resultar de circunstancias equivalentes y no equívocas: T. de Apel. de Milán, 14 diciembre 1887, *Mon. Trib. Mil.*, 1888, 74.

(4) Y ni siquiera la presume en el caso de donaciones o ventas en que haya reserva de usufructo. V. Dalloz, *loc. cit.*, n. 387; Fuzier-Herman, ad artículo 600, n. 7.

(5) Según el Proyecto de Cód. civ. alem. (§§ 1.522 y 1.523; cfr. §§ 1.547, 1.548, 1.599, 1.623, *Motive*, t. IV, ps. 742 y ss.), el padre no está obligado al

que son indispensables aun prescindiendo del usufructo, y que la ley ordena que se satisfagan con cargo a la herencia (arts. 226 y 978) (1). La formación del inventario por parte de los padres, debe instarla el Ministerio Fiscal, a quien la ley Orgánica del Poder judicial (párrafo 1.° del art. 130), encomienda velar por los intereses de las personas que carecen de plena capacidad jurídica (b).

El que por prescripción adquiere un derecho de usufructo, no puede estar obligado a inventariar, puesto que su adquisición es independiente del derecho del propietario, y el hecho de la continua posesión, fija en todos los respectos su extensión y su medida. Puede el propietario proceder a él, para seguridad suya y contra las usurpaciones que sobrevengan después de realizarse la prescripción; pero habrá de hacerlo naturalmente a su costa.

---

acto de reconocimiento (respecto al cual puede verse *supra*, la nota 1 a la p. 22) más que cuando abuse de sus facultades o al pasar a segundas nupcias (a).

(a) [V. hoy los §§ 1.667 y 1.669 del Cód. alem.]

(1) V. *supra*, p. 30.

(b) [El Código esp. dice en términos muy amplios que, cualquiera que sea el título del usufructo, puede el usufructuario ser dispensado de la obligación de hacer inventario. Paro a pesar de ello, resulta dudosa la posibilidad de la dispensa en los usufructos legales. A juicio de SÁNCHEZ ROMÁN (pág. 576), están excluídos de ella el de los padres sobre los bienes de sus hijos, regido por el art. 163, en el que se determina la necesidad y la forma del inventario, y aun el del cónyuge supérstite, al cual, lo mismo que al anterior, se refiere el artículo 492, dispensándoles de la fianza por regla general, pero no del inventario. Criterio menos riguroso sustenta MANRESA (v. pág. 466).]

CAPÍTULO II

LA OBLIGACIÓN DE LA CAUCIÓN

SUMARIO: 212. Objeto y forma de la caución. Su prestación mediante fianza.—213. Caución real. Exclusión de la caución juratoria.—214. Divisibilidad de la caución. A quién hay que prestarla.—215. Dispensa de caución.—216. Extinción de los efectos de la dispensa.—217. Sustitutivos de la caución. Comentario al artículo 498.—218. Continuación. Comentario al artículo 499.—219. Sanciones del deber de prestar caución.—220. Conflicto de leyes acerca de la caución y el inventario.

212. La caución del Derecho vigente consiste en la *seguridad material* que se da del cumplimiento de una obligación. Y normalmente la caución que el usufructuario está obligado a prestar desempeña, como ya hemos notado, aquella función que era un elemento accesorio de la *cautio fructuaria* romana. Las obligaciones correlativas al goce del usufructuario han sido creadas, por mandato directo de la ley, en favor del propietario, y la sanción que la ley impone es independiente de la prestación de la caución. Si prescindiéramos del significado que en el lenguaje corriente y en el jurídico moderno tiene la palabra *caución* (a), llegaríamos al mismo resultado con sólo ver el lugar en que están colocadas en el Código las reglas relativas a aquella obligación, y la circunstancia de que estén coordinadas, y no subordinadas a la obligación de la caución; por donde se explica que pueda reconocerse ilimitadamente la dispensa de ésta.

La caución se extiende a cuantas obligaciones incumben al usufructuario (b): lo mismo el deber negativo de no traspasar en el dis-

---

(a) [El Código español emplea el término *fianza*, pero tomado en un sentido amplio de caución o garantía.]

(b) [Dice el art. 491 del Cód. esp. que el usufructario ha de prestar fianza, «comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a esta sección» (la 3.ª del cap. 1.°, tít. 6.°, lib. II). Pero como también de las

frute aquellos límites que permitan la reintegración de la propiedad al extinguirse el usufructo, que aquellas obligaciones positivas nacidas legalmente como consecuencia natural del vínculo entre el usufructo y la propiedad (1). Ninguna duda suscitan las obligaciones de restituír, custodiar y cooperar a los gastos de reparación de los bienes; de igual suerte que constituía la principal razón de ser de la *cautio* romana la seguridad de aquéllas, todos están conformes también en que constituyen el objeto más importante de la caución moderna cuando el usufructo recae sobre bienes no fungibles. Pero también hay que asegurar mediante la caución otras obligaciones inherentes al goce del usufructuario y particularmente su participación en las cargas de la cosa usufructuada (2) y despejar el camino al propietario para que recurra al fiador, tanto cuando el usufructuario dañe la sustancia de la cosa u olvide su conservación o deje de defenderla contra los ataques de terceros, como cuando no satisfaga los impuestos o cargas que graven los predios y cuyo pago recaiga sobre él (3). No hay razón alguna para distinguir entre las diversas clases de derechos de obligación que la ley concede al dueño a fin de conciliar los intereses de la propiedad con los del usufructo; ni por recibir deteriorada la cosa, o verse obligado a atender las reparaciones que la ley juzga inherentes al disfrute, viene a sufrir el

---

secciones 2.ª y 3.ª se desprenden algunas obligaciones exigibles al usufructuario, ha de entenderse que la fianza ha de garantizar el cumplimiento de *todas* las que por razón del usufructo le sean imputables.]

(1) V. el t. I, nn. 13, 20, 26 y 27.

(2) Como en el Derecho romano, ha de estimarse que a la constitución de estas obligaciones le proporciona la *cautio* una base formal, aun cuando no vea en parte alguna que los textos pongan de relieve su dependencia de ella, a pesar de ser frecuentes las alusiones a la existencia de las mismas (ULPIANO, 7, § 2, 27, § 3; MODESTINO, 52 D. *de us.*, VII, 1).

(3) Esta proposición no suele ser contradicha de manera explícita, pero tampoco es corriente sostenerla en forma expresa; únicamente WINDSCHEID dice algo, pues luego de enumerar entre las obligaciones del usufructuario la de soportar las cargas de los bienes, indica que debe afianzar todas estas obligaciones *(Pand.*, § 204, n. 6). No hay referencia a tales cargas en el análisis que de los efectos de la *cautio* hacen, en sus mencionadas obras, RICCIARDI, NOODT, GALVANI, CASTILLO y DANIEL. Lo mismo ocurre con los escritores franceses e italianos. También PROUDHON dice *(Us.*, n. 852) que las obligaciones del fiador en materia de usufructo no pueden tener por objeto sino dos cosas, a saber: la reparación de los daños producidos por abusos del poseedor, y la ejecución de las reparaciones ordinarias.

propietario un daño distinto del que se produce cuando el usufructuario no detrae de sus beneficios la parte que debe destinar a la satisfacción de las cargas. Y a esta interpretación se presta la fórmula con que designa la ley el objeto de la caución: «El usufructuario debe prestar caución de que disfrutará de las cosas como un buen padre de familia»; con tanta mayor razón cuanto que, no reproduciendo la cláusula segunda de la *cautio* romana *«se restituturum quod inde exstabit»,* no se ha querido indudablemente suprimir la necesidad de una garantía material de la obligación de restituír, que para las cosas fungibles es el sustitutivo de la obligación de custodiar la cosa y de mantener intacta su sustancia, sino que sólo se ha pretendido dar a aquella fórmula un significado más amplio: el usufructuario infringe su obligación de disfrutar como un buen padre de familia siempre que descuida el cumplimiento de las obligaciones inherentes a su derecho.

Como la cuantía de las obligaciones que pueden surgir para el usufructuario durante el tiempo de su goce no cabe que se fijen al comienzo, la forma de caución más apta para asegurarlas es la fianza. Y es la más adecuada y completa porque, además, se crea con el fiador un interesado en vigilar la conducta del usufructuario y en prevenir los daños que pueden imponerle un sacrificio mayor cuando sea llamado a repararlos. Sin embargo, para calcular la solvencia del fiador (arts. 1.921, 1.904 y 1.905) (a), es necesaria una determinación previa y aproximada de estas obligaciones; fijación que en caso de contienda queda por completo al prudente arbitrio de la autoridad judicial, la cual debe ser más severa cuando se trate de asegurar la restitución del equivalente de cosas fungibles que pasan a propiedad del usufructuario, o de asegurar la restitución de otros bienes muebles que éste puede sustraer a la efectividad del ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario, transmitiendo la posesión a otros. En cambio, puede quedar muy por bajo del valor de los bienes que haya que restituír cuando éstos sean inmuebles y no se trate, por tanto, de asegurar completamente el derecho de recuperarlos (porque cualquier cambio de posesión de ellos deja intactos los derechos del propietario), sino el derecho de recuperarlos simplemente del usufructuario sin ejercitar acción alguna reivindicatoria ni necesitar probar su derecho de propiedad, y de recuperarlos en el mismo estado en que fueron entregados a aquél. Para fijar la importancia de las obligaciones, la autoridad judicial encuentra ele-

(a) [Cfr. arts. 1.854 y 1.828 del Cód. esp.]

mentos accesorios bastantes en la naturaleza misma de los bienes, en su mayor o menor facilidad de deterioro (a), y aun en las condiciones de fortuna y circunstancias personales de los usufructuarios, que pueden indicar la mayor o menor probabilidad de una gestión dañosa por su parte.

Según los artículos citados, el lugar en que debe prestarse la fianza sirve para determinar el domicilio que haya de tener el fiador y la situación en que hayan de estar los bienes del mismo. Es preciso que el fiador presentado por el usufructuario tenga su domicilio en el territorio de aquella Audiencia o Tribunal de Apelación, y que los bienes hipotecables que sirven de medida a su solvencia no radiquen a una distancia tal que dificulte las diligencias de una posible ejecución en su día (b). Ahora bien; como el prestar esa seguridad es una obligación del usufructuario, y se deriva de la ley y no de un contrato, y además no tiene por objeto una cosa cierta y determinada, el lugar donde debe realizarse es el del domicilio del usufructuario, a tenor del artículo 1.249 (c). TROPLONG se abisma en dificultades inextricables al abandonar arbitrariamente este criterio, que es el señalado por la ley, bajo la preocupación errónea de que «un principio establecido en interés del deudor, no es aplicable cuando se trata del interés del acreedor» (1). El cumplimiento de las obligaciones siempre se regula en interés del acreedor; si al fijar sus modalidades ha mirado la ley al interés opuesto, al del deudor, y trata de no hacer más difíciles y duras sus condiciones, también la ley, y únicamente ella, es la que puede derogar el principio general para realizar con más perfección el propósito de las obligaciones creadas por la misma; a la manera como las convenciones entre particulares pueden modificar, a su vez, estos principios respecto a las obligaciones voluntariamente constituídas. Y dado que en el presente caso no las deroga la ley expresamente, ni aun a la autoridad judicial le es lícito agravar la posición del usufructuario obligándole a buscar un fiador fuera del lugar en que está la sede principal

(a) [Nuestro T. S. declaró, en sentencia de 17 marzo 1888, que la caución o fianza ha de guardar la debida proporción con la cosa usufructuada y ser suficiente para garantir la conservación de ésta sin detrimento o menoscabo alguno.]

(b) [El Código esp.—separándose del antecedente que ofrecía el Proyecto de 1851—ha prescindido de esta doble condición del fiador, dejando sometida la capacidad de éste a los principios generales.]

(c) [Art. 1.171, Cód. esp.]

(1) *Cautionnement*, nn. 191 a 196.

de sus negocios, y el centro, por lo tanto, de sus relaciones. TROPLONG invoca erróneamente la autoridad de PROUDHON para apoyar su tesis de que la caución ha de prestarla el usufructuario, y el fiador tener su domicilio en el punto en que la sucesión se abre. Con ello faltaría un criterio para señalar el domicilio del fiador cuando el usufructo no se constituya en testamento y el contrato que le dé vida calle sobre el particular; pero es que tampoco resulta cierto que PROUDHON señale como regla fija el domicilio de la sucesión, sino que además de reconocer a la autoridad judicial facultades para admitir un fiador domiciliado en el lugar donde estén situados los bienes objeto del usufructo, cree que es competente para entender del asunto el tribunal del domicilio del usufructuario cuando la caución se pida después de posesionarse de los bienes (1) (a). Pero PROUDHON confunde dos cuestiones que deben ser separadas con claridad: La autoridad competente para entender de la solicitud de caución, es distinta según que se formule aquélla como acción o por vía de excepción. En el primer caso puede ser competente el tribunal del domicilio del usufructuario (artículo 90 del Código de Proced. civil), pero también podrá serlo el de la jurisdicción en que se encuentren los bienes usufructuados, como ocurrirá si es que el propietario reivindica la posesión de ellos o pide su secuestro mientras no se preste la caución (arts. 93 y 99 del mismo); en el segundo caso, según el Código francés, lo será el tribunal del lugar en que la sucesión se abra (art. 59 de la Ley de Enj. civil francesa y art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Competencia), mientras, según el nuestro, puede serlo también el del lugar en que se abra la sucesión, si se trata de legado de usufructo universal, pero lo será el del lugar en que estén situados los inmuebles objeto del usufructo y el del domicilio del heredero si el legatario acciona después de transcurridos dos años de haberse abierto la sucesión (núm. 4 del art. 94 de la Ley de Enj. civil). Por lo demás, esto no tiene nada que ver con la determinación del lugar en que ha de prestarse la caución, que siempre será distinto de aquel en que se abra el juicio sobre la necesidad de prestarla (2). La fija-

(1) PROUDHON, *Us.*, nn. 849 y 850.

(a) [El Código español contiene una regla especial que hace inaplicables a nuestro Derecho las consideraciones de VENEZIAN. Es la del art. 1828, a cuyo tenor el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación garantizada por la fianza.]

(2) A estas mismas conclusiones llega PONSOT, *Cautionnement*, nn. 160

ción del lugar de la caución hay que buscarla entre las reglas del Derecho material, no en las del Derecho formal; nunca es efecto, y en cambio puede, sí, ser causa concurrente para atribuír la competencia; y una demanda de caución, deducida como demanda independiente, puede proponerse ante la autoridad judicial del domicilio del usufructuario por ser también aquél el lugar del cumplimiento de la obligación. Y como quiera que precisamente el señalamiento de este lugar se hace en interés del usufructuario obligado, éste puede renunciar a la ventaja que ello le ofrece y presentar un fiador que resida en el lugar del mismo domicilio del propietario o donde estén situados la mayor parte de los bienes objeto del usufructo; la autoridad judicial, que a petición del propietario no puede obligar a aquél a que presente un fiador avecindado fuera de su domicilio, puede autorizarlo así cuando por este medio no resulte menos segura ni más incómoda la posición del propietario acreedor. No necesito, me parece, subrayar que el contrato en que se constituya el usufructo puede fijar de otro modo el requisito de domicilio del fiador, y que, aun después de iniciado un juicio, y cualquiera que sea su estado, las partes pueden convenir cosa distinta acerca del particular.

213. El artículo 1.922 del Código civil (a) faculta expresamente a la persona que debe garantizar el cumplimiento de una obligación para constituír un derecho de prenda u otra forma de garantía cualquiera, con tal que sea suficiente para seguridad del crédito. El usufructuario, por consiguiente, podrá siempre sustituír la garantía personal por una real (1), que se graduará con arreglo al cálculo

---

y 161 (cit. en la edición belga del tratado de TROPLONG), pero sin evitar la confusión proudhoniana entre autoridad competente para resolver sobre la caución y lugar en que ésta haya de prestarse, y sin referirse tampoco al precepto fundamental del art. 1.249 (1.247 del Cod. francés).

(a) [Art. 1.855 del Cód. esp.]

(1) PROUDHON (n. 847) se niega a admitir esta sustitución porque en la terminología del Cód. francés la palabra *caution* es aplicable tan sólo a la intervención de una tercera persona, y porque la falta de caución usufructuaria da origen a disposiciones especiales, que prevalecen sobre las generales del artículo 2.041. La circunstancia de que la voz *caution* sirva también para designar la persona del fiador, no me parece motivo bastante para que sólo se emplee al hablar de la caución personal; y, en todo caso, semejante interpretación no es aplicable al Código italiano, donde a veces se usa el vocablo *sicurtà* (seguridad o garantía) para indicar la persona que actúa en tal concepto (v., p. ej., el

presunto de las obligaciones que puedan surgir respecto al propietario. Dos formas puede revestir la garantía real: la prenda y la hipoteca. La anticresis, que el Código francés (arts. 2.041, 2.071, 2.072) equipara a la prenda, y cuya eficacia real está sancionada en el artículo 2.° de la ley de 23 de marzo de 1855, en nuestro sistema legal no garantiza al acreedor ni contra la concurrencia de otros acreedores ni contra las enajenaciones del deudor (art. 1.897) (1), y, por lo tanto, el usufructuario que la constituya no podrá utilizarla para satisfacer con ella su obligación de aseguramiento (a). Por el contrario, no puede haber duda acerca de la idoneidad de la hipoteca en nuestro Derecho, para sustituír a la garantía personal: y si bien la lentitud, dificultades y gastos procesales para obtener la efectividad del derecho de hipoteca son muchos, están compensados con la fijeza de la garantía que proporciona, y es incongruente fundar por un lado en la posibilidad de inscribir una hipoteca la aceptación de la garantía que presenta el fiador, y por otro negarse a aceptar la garantía que supone la inscripción misma (2). Por eso creo que, en principio, no puede ser desechada la garantía hipotecaria sobre bienes ya gravados, y que hay que dejar a la prudencia de la autoridad judicial el decidir acerca de la suficiencia de una segunda o

---

artículo 134 del Cód. civ.), y en cambio no se utiliza en tal sentido el término *caución*, que por tanto conserva íntegramente su significado general.

(1) V. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, *Anticr.*, n. 33.

(a) [En Derecho español, la doctrina científica no vacila en atribuír a la anticresis el carácter de derecho real de garantía; y la Dirección de los Registros ha confirmado su naturaleza real y su carácter inscribible, en Resoluciones de 15 marzo 1909, 30 junio 1913 y 31 julio 1915. No obstante, el art. 1.855, al hablar de las garantías que puede prestar el obligado a dar fianza, en defecto de ésta sólo menciona la prenda y la hipoteca.]

(2) Entre los escritores franceses, PROUDHON, lug. cit.; SALVIAT, I, p. 146; ZACHARIAE, § 226; PONSOT, *Caution*, n. 386; AUBRY Y RAU, § 229, n. 16, y LAURENT, t. VI, n. 508, niegan que sea admisible la caución hipotecaria; TOULLIER, t. III, n. 422; MARCADÉ, ad art. 602, n. 1; DEMOLOMBE, t. X, n. 603, se pronuncian por la afirmativa. Y TROPLONG *(Cautionnement*, n. 592) deja el asunto entregado al arbitrio judicial, de modo que los tribunales puedan aceptarla o rechazarla según las circunstancias del caso. (V. también su otra obra *Priv. et hyp.*, n. 941). Los primeros alegan, en apoyo de su tesis, la necesidad de renovar la inscripción hipotecaria después de transcurridos treinta años; y también invocan el art. 2.041 que no admite otro sustitutivo de la *cautio* que un *gage en nantissement* (o *un gage ou nantissement?) suffisant*. Los escritores italianos no tienen reparo en admitir la posibilidad de la hipoteca: BORSARI, § 992; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, nn. 514 y 515.

tercera inscripción tomando en cuenta el valor de los bienes, la importancia de las inscripciones anteriores y la cuantía de la seguridad que se necesite (1).

En cuanto a la caución pignoraticia, pocas veces querrá o podrá el usufructuario entregar al propietario la posesión de la prenda, pues para asegurar el derecho de éste correría el riesgo de perder él el suyo; pero pueden conciliarse perfectamente los intereses de ambos, colocando la prenda en manos de un tercero de la confianza de los dos, en un funcionario público o en la Caja de Depósitos, que entre sus funciones tiene precisamente la de custodiar los depósitos constituídos en concepto de fianza (art. 26 del Reglamento de 9 de diciembre de 1875, núm. 2.862). Esta Caja está autorizada por su ley constitutiva (ley de 17 de mayo de 1863, núm. 1.273, artículo 7) para recibir en depósito dinero efectivo, títulos de la Deuda pública, Obligaciones de los Ayuntamientos, Provincias y otras Corporaciones públicas, Bonos del Tesoro, y Acciones y Obligaciones de Sociedades anónimas o comanditarias; de todas suertes, es indispensable recurrir al depósito en poder de un particular o de un funcionario público, cuando la garantía se ofrezca en títulos de la Deuda de Estados extranjeros o en bienes muebles de naturaleza diferente a los indicados (a).

Además, hay que distinguir entre los efectos de un depósito o fianza constituídos en metálico, y los que producen cuando se han practicado en títulos de crédito; en éstos, la obligación personal nacida del depósito es independiente de los efectos reales de la prenda; la garantía se establece en beneficio del propietario acreedor y sobre los títulos cuya propiedad conserva el usufructuario (o el que afianza por él) y no se transmite al depositario sino la simple posesión de los documentos. En cambio, en el depósito de metálico la propiedad del dinero depositado pasa a la Caja, que, en vez de percibir derechos de custodia, está obligada a satisfacer al depositante un inte-

(1) En cambio, no debe admitirse una garantía hipotecaria constituída sobre un usufructo de bienes raíces, ya que tan aleatorio es el valor de este derecho. Ni tampoco ofrecería el mismo una base adecuada para calcular la solvencia del fiador. DALLOZ, *loc. cit.*, n. 396.

(a) [En España rígese la Caja General de Depósitos por el Reglamento de 24 agosto 1893, cuyo art. 3.° reputa depósitos necesarios, entre otros, los que se hacen para cumplir obligaciones legales de interés público o privado. A su vez el Reglamento del Banco de España,de 19 de mayo de 1923, regula en su cap. III toda esta materia de los depósitos (ya consignada en los arts. 6.° a 8.° de los nuevos Estatutos aprobados por R. D. de 18 de julio de 1922).]

rés y a restituír el importe del depósito cuando los interesados lo pidan de común acuerdo, o cuando la caución se extinga. Esto es, que con el nombre de depósito, hay un verdadero préstamo mutuo, y la garantía del propietario acreedor tiene por objeto el mismo derecho de obligación que nace a favor del mutuante y en contra de la Caja en el propio momento que queda constituído el depósito (1). El Juez, mediante providencia no reformable, puede desechar por impropios para servir de fianza aquellos títulos que tengan un valor inseguro o excesivamente variable, o que sean de problemática realización, y a él le corresponde también fijar el valor en que han de recibirse como garantía unos u otros títulos (2).

A causa de la vaguedad de expresión del art. 1.922, que deja al arbitrio del Juez la determinación de si basta la garantía ofrecida en sustitución de la fianza, creen algunos que también es admisible la caución juratoria además de la real (3); opinión que debe ser rechazada, porque aun cuando el juramento tuviera eficacia para asegurar al acreedor contra el voluntario incumplimiento de las obligaciones, de ninguna manera garantizaría contra el incumplimiento debido a causas extrañas al deudor, con respecto a las cuales, sin embargo, tiene el mismo interés en precaverse. Y si estuvo justificada, por ejemplo, la admisión del juramento como garantía judicial de la continuación de la litis (4), que dependía exclusiva-

---

(1) No cabe negar la posibilidad de un convenio especial en que se atribuya al depositario o al acreedor mismo la propiedad de los títulos o valores; en tal caso, la persona obligada a la restitución de otro tanto, queda, al propio tiempo, investida de un derecho de prenda sobre el crédito que frente a ella ostenta quien le transmitió los títulos: WINDSCHEID, § 239, n. 12 a y *b*.—LUZZATI, refiriéndose a esta hipótesis, incurre en una imprecisión grave, pues estima que el objeto de la prenda es el valor de los títulos, y no los títulos en sí.—También se ha admitido como caución un crédito constituído a favor del usufructuario, pero sólo en cuanto propietario nudo de una cantidad, cuyo disfrute correspondía al dueño de los bienes sobre que recaía el usufructo garantizado. (DALLOZ, *Us.*, n. 396.)

(2) Arg. Cód. de Proced. civ., art. 330; este artículo no deroga el 1.941 del Cód. civ., ni limita a las Deudas de carácter público la aptitud para servir de caución judicial, sino que establece qué Deudas y dinero pueden depositarse en el Juzgado.—Los arts. 731 y 795 del Cód. procesal citado admiten expresamente la hipoteca como caución judicial; y de aquí se argumenta *a fortiori* su admisibilidad como caución legal.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 531.

(4) Nov. 112, c. 2.

mente de los actos del jurador, en el Derecho común no aparece admitido el juramento prestado por el usufructuario de que cumplirá la obligación de restituír y de disfrutar como un buen padre de familia, salvo en el caso de que, ante la imposibilidad de hallar un fiador con solvencia, se acuda al expediente del juramento para que no queden frustradas por completo las ventajas del usufructo (1). Pero carece totalmente de base la resurrección de esta doctrina en nuestro Derecho, que ha organizado perfectamente, como veremos, los sustitutivos de la caución, y conciliado la seguridad del propietario con la conservación de todas las ventajas estrechamente unidas a la posesión para el usufructuario que no pueda prestarla. Y no hay tampoco razón alguna para distinguir entre usufructo mobiliario y usufructo inmobiliario cuando la ley, al imponer la obligación de afianzar, no distingue, y así como en el primer caso el propietario está expuesto al riesgo de la falta de restitución, en el segundo hay para él el peligro de que se le devuelva en mal estado la cosa, bien por obra del usufructuario mismo o por causa de aquél que ha recibido de éste la posesión (2). En el Código francés (artículo 603), se otorga todavía alguna eficacia a la caución juratoria del usufructuario que no puede prestar otra, para que se le conceda parte de los bienes muebles con destino a su uso propio (a); pero en

---

(1) Cfr. RICCIARDI, *Ad princ. tit. de us.*, nn. 171 y ss.; GALVANI, c. XX, n. 5; VOET, l. VII, t. IX, n. 3; CASTILLO, l. I, c. 18; pero nadie lo admite sin vacilaciones; se observa en esto un remedio de equidad contra el rigor del Derecho, y por ello lo rechazan los intérpretes más severos: NOODT, l. I, c. 19. También lo aceptan, en cambio, los estatutos franceses con respecto a la viudedad legal. POTHIER, *Traité du douaire*, n. 222, y se explica su uso por el influjo del Derecho canónico, y a causa de la importancia que éste atribuyó al juramento.

(2) Al rechazarse en absoluto la caución juratoria, caen por su base todas las distinciones—aún menos recomendables y no muy prácticas—que establecía la antigua doctrina, o sea su admisión sólo cuando el usufructuario no pudiera prestar otra, y las condiciones personales del usufructuario permitieran confiar en que cumpliría puntualmente las obligaciones asumidas. El aceptar en unos casos la eficacia del juramento, y negarla en otros, implicaba una apreciación moral y no jurídica; y la contradicción que se producía, pues había que probar la imposibilidad de encontrar fiador, y sin embargo se había de inspirar confianza al propietario, justificándola con la rectitud de la propia conducta, conducía a resoluciones fluctuantes, a distinciones arbitrarias y a investigaciones impracticables desde un comienzo sobre la actual situación económica del usufructuario.

(a) [El Cód. esp. ha recogido y ampliado la excepción del francés, admi-

nuestro Código esta concesión no está sujeta a semejante requisito, pues aquél rechaza terminantemente la caución juratoria, y le niega aun esta eficacia limitada.

214. En principio, no está prohibido que se cumpla la obligación de garantía ofreciendo varios fiadores, o completando la fianza personal con una prenda o una hipoteca que asegure parte de las obligaciones; el propietario, sin embargo, puede rechazar la caución parcial cuando haya de dificultarle más la tutela de su derecho. Cuando el usufructo recae sobre diversos bienes, en realidad existen derechos distintos de usufructo, que llevan consigo otras tantas obligaciones de seguridad; al usufructario único, colocado frente a un único propietario, tampoco puede negársele que ofrezca afianzar sólo respecto a alguno de estos bienes (como podría hacerse si le incumbiese una obligación única divisible) y tiene derecho a pedir la posesión de los bienes cuya custodia y restitución asegura, dejando que se provea respecto a los otros en la forma establecida cuando falta la caución.

Si existen varios usufructuarios y varios propietarios de la misma cosa, hay, respectivamente, obligación individual de prestar o facultad de exigir la fianza proporcionalmente a la extensión del derecho respectivo. Pero el cumplimiento parcial de la obligación divisible de garantía satisface parcialmente la condición a que está subordinado el derecho a pretender la posesión de la cosa. El usufructuario que ha garantizado a uno solo de los propietarios, o ha obtenido de él la remisión de la caución, frente a los propietarios no asegurados se halla en la posición misma del que obtiene el usufructo de una cuota indivisa de la cosa, y puede pedir que se le admita con ellos a la comunidad de disfrute directo, en tanto que si quiere obtener exclusivamente para sí la posesión y el disfrute directo, debe cumplir también para con los demás la obligación de afianzar. Igualmente, si uno de los usufructuarios presta caución, puede pedir la posesión y el disfrute en común con el propietario, sin que a ello pueda ser obstáculo el que permanezca incumplida la obligación por parte de los demás. A la comunión de disfrute subsigue necesariamente la posibilidad de dividir éste mediante una

---

tiendo (art. 495) que puede el Juez conceder, bajo caución juratoria, al usufructuario, que no haya prestado fianza, no sólo los muebles necesarios para su uso o para el ejercicio de la industria a que se dedique, sino además habitación para él y su familia en alguna casa comprendida en el usufructo.]

atribución temporal de parte de la cosa (1) cuando sea posible la división material de ella; y por tanto, los propietarios a quienes no haya dado caución el usufructuario admitido al disfrute, o el propietario no asegurado por los usufructuarios excluídos de él, conservan la posibilidad de buscar garantía en cuanto a la parte no garantizada, usando a tal efecto el arrendamiento, el secuestro o la conversión del usufructo.

El principio de Derecho romano de la intransmisibilidad de los créditos, envolvía la consecuencia de que el derecho de obligación constituído con la *cautio* sólo pudieran utilizarlo el estipulante y sus herederos; la estipulación era ineficaz cuando aquél perdía la propiedad, porque la conservación de ésta era una condición implícita necesariamente para poder ejercitar su derecho a la restitución, ya que la *cautio* no creaba aquel derecho, sino que asumía la forma de una pretensión crediticia; por lo cual era ineficaz la fianza que aseguraba la mera obligación personal, y quien adquiría la propiedad no tenía más derecho que uno real, que podía ejercitar contra el usufructuario. Para atender al aseguramiento pronto y eficaz de su ejercicio, necesitaba pedir una nueva caución (2), que estaba obligado a prestarle el usufructuario. En cambio, en nuestro Derecho, es transmisible por sucesión a título singular (art. 1.538) (a) el derecho de obligación, e implícitamente con la transmisión del derecho de propiedad queda realizada la cesión de los derechos de obligación que le son inherentes (arg. art. 1.127) (b), de suerte que el fiador, como el usufructuario, permanece obligado para quien adquiera la propiedad de la cosa usufructuada. Y no es esto sólo, sino que es posible también que desde su origen esté el derecho de obligación ligado, más bien que con un sujeto determinado individualmente, con un sujeto determinado en forma real, y que a la obligación subsidiaria asumida voluntariamente por el fiador (como a la necesaria y legal del usufructuario) corresponda el derecho de todo el que tenga la propiedad de la cosa usufructuada. No hay, por consiguiente, motivo para distinguir en absoluto según que la adquisición de la propiedad se haga por sucesión, o a título originario por usucapión, o por una sentencia que reconozca el derecho de propiedad a favor de persona distinta de la que ostentaba ese carác-

(1) V. sobre todo esto el cap. X del presente libro.

(2) ULPIANO, 3, § 4, D. *us. quemadm.*, VII, 9.

(a) [Cfr. art. 1.526, Cód. esp.]

(b) [Art. 1.257, párr. 1.º del Cód. esp.]

ter al nacer el usufructo (1). El fiador liberado respecto al propietario anterior o aparente—salvo por los hechos que precedan a la pérdida de la propiedad, de los cuales queda responsable respecto al primero—, puede permanecer obligado con relación al verdadero o al nuevo propietario sin necesidad de acudir a una nueva caución. Y, además, es posible que la fianza sea prestada con una expresa limitación personal (art. 1.127) (a); y en este caso, frente al asegurado, cesan los efectos al perderse la propiedad, que es condición implícita de la garantía, aunque el nuevo propietario pueda, indudablemente, pedir nueva caución. La pignoraticia puede también constituirse en beneficio de quienquiera que tenga la propiedad de la cosa usufructuada; pero cuando por cualquier motivo (por el modo en que sea prestada la caución, o porque sea constituída sobre un crédito respecto al mismo asegurado, o por serle transmitida la posesión de la prenda, o por revestir la forma de inscripción hipotecaria) el nuevo propietario no pueda actuar sobre dicha caución, le corresponde el derecho de pedir una nueva, y este derecho es distinto de lo que ocurre al quedar libre la caución por haberse extinguido su causa.

Cuando sobre la cosa misma coexisten un derecho de propiedad bajo condición resolutoria y otro bajo condición suspensiva, la caución debe asegurar por igual a ambos posibles propietarios (2); para ello no hay necesidad de caución doble, y basta una fianza, una prenda o una hipoteca subordinadas alternativamente a las mismas condiciones de que depende la pertenencia definitiva del derecho de propiedad (3). En cambio, no puede exigirse una garantía especial

---

(1) Admite estas diferencias PROUDHON (n. 862), que reconoce el derecho a una caución por parte de quien vence en juicio al propietario, pero no lo reconoce a favor de la persona que le sucede.

(a) [Art. 1.255, párr. 1.° del Cód. esp.]

(2) PAULO, 8, D. *us. quemadm.*, VII, 9. No está en oposición con esto el pasaje de MOEC., 9, *in f.*, D. *si cui pluscuam*, XXXV, 3, donde se trata de un legado de propiedad sujeto a la condición suspensiva de que el beneficiado sobreviva al legatario de usufructo; el derecho del legatario de la propiedad no puede ser perjudicado por el usufructuario, ya que no nace hasta después que cese el usufructo; por tanto, el legatario de la propiedad no puede pedir sino al heredero garantías de sus eventuales derechos; en tal sentido, DANIEL, *op. cit.*, p. 67.

(3) DURANTON, t. IV, n. 612; DEMOLOMBE, t. X, n. 482; DALLOZ, *Us.*, n. 410.

para defender derechos reales que estén constituídos en concurrencia con la propiedad sobre la cosa usufructuada; en el Derecho romano encontramos regulada la caución recíproca de los cousufructuarios (1), porque la caución era un medio de *constituír*, no simplemente de *asegurar* la relación obligatoria inherente a la comunión en el goce; pero en nuestro Derecho, las obligaciones recíprocas de los comuneros, que tienen asegurado un derecho eventual de acrecer, son consecuencias que asigna la ley inmediatamente al hecho de la comunidad, y es inútil la garantía subsidiaria, precisamente porque sería recíproca. Los llamados al usufructo en períodos distintos de tiempo, carecen de la obligación de afianzarse mutuamente, como carecen de la obligación de inventariar; el llamado en segundo lugar no está ligado con el primero por vínculo jurídico alguno, y su derecho no puede ser asegurado sino frente al propietario (2).

Si se lega la propiedad bajo condición suspensiva al mismo lega-

---

(1) PAULO, 8, D. *us. quemadm.*, VII, 9; V. CUYACIO, en l. LXXV; PAULO, *ad edict.*, *ad h. l.* (edic. Prato, t. V, c. 1.388); GLÜCK, § 656.

(2) V. *supra*, n. 208 *i. f.*; cfr. DALLOZ, *Us.*, n. 411. Arg. también con vistas de la resolución de MECIANO citada en la n. 2 de la p. 60. — DANIEL (*op. cit.*, ps. 68-69) sostiene, con error, que el objeto de la caución entre cousufructuarios se limita a la custodia de la cosa, y, sin embargo, considera necesario que se reconozca la recíproca obligación en que están de restituirse la parte de cosa cuyo disfrute exclusivo se hayan atribuído; y, de otro lado, extiende las obligaciones de afianzar exigibles al usufructuario, pues cree que ha de prestarse caución, no sólo con respecto al dueño, sino a favor de cuantos tengan sobre los bienes algún derecho real, y por ende, un interés en la conservación de ellos o en recuperar su posesión. Esta peregrina opinión, que no encuentra en las fuentes el menor apoyo, no tendría aplicación más que en un caso, a saber, el de un segundo usufructo, y ya la hemos refutado en el texto, a más de que concuerda con nuestros argumentos la resolución que para un caso análogo da MECIANO, según se ha visto. Sobre la cosa usufructuada no puede el propietario constituír un derecho de enfiteusis, ni de prenda, mientras dure el usufructo, porque ello implicaría quebranto del derecho que a la posesión tiene el usufructuario; y la enfiteusis creada con anterioridad, lo que hace es desdoblar el derecho de propiedad, engendrando uno a favor del concedente y otro a favor del enfiteuta; de suerte que el usufructo que sobre uno de ellos se constituya, no puede en modo alguno perjudicar al otro. De una cosa dada en prenda no puede el usufructuario recabar la posesión contra la voluntad del acreedor (arts. 1.878 y 1884), ni exponer, por tanto, a ningún riesgo el derecho de éste. Cosa distinta ocurre cuando se trata de bienes hipotecados; pero, en este caso, el mismo DANIEL niega la caución al acreedor hipotecario, porque no tiene de-

tario del usufructo, éste está obligado a dar fianza al heredero o al propietario llamado bajo condición resolutoria. Si, en cambio, se lega a término la propiedad al mismo legatario del usufructo, es inútil la caución, porque el interés de conservar y restituír es el interés del mismo usufructuario o de sus herederos, a los cuales, en todo caso, ha de ir la propiedad (1).

215. Reducida de esta suerte la caución al papel de asegurar las obligaciones que impone directamente la ley al usufructuario, es natural que a éste se le pueda dispensar de ella en el título constitutivo (art. 497) (b). La eficacia de esta dispensa no puede ser limitada en modo alguno; y especialmente hay que darle validez completa aun cuando el usufructo comprenda bienes reservados por la ley a los herederos legítimos (2). Para defender la integridad de su cuota, pueden los legitimarios recurrir al medio previsto en el artículo 810 (c), o sea abandonar en pleno dominio al legatario la parte libre; y cuando prefieran cumplir las disposiciones, quiere decir que quedan compensados con la mayor cantidad de bienes cuya nuda propiedad obtienen; no pueden mantener las ventajas de una porción mayor de la que la ley les reserva, y al propio tiempo disminuír la liberalidad que se coordina con esta ventaja, obligando a prestar caución al usufrutuario dispensado de ella.

Contra esta opinión, compartida por muchos tribunales france-

---

recho a la posesión. Contra los peligros indudables a que le expone la constitución del usufructo, queda amparado de la manera que ha de verse en el capítulo siguiente.

(1) ULPIANO, 9, § 2, D. *us. quemadm.*, VII, 9.—Cuando las cosas se legan en propiedad, aunque bajo condición suspensiva, o con término inicial, el heredero tiene derecho a disfrutarlas como propietario y no como usufructuario (cfr. vol. I, n. 99, ps. 249 a 251; véase también en el mismo tomo los nn. 116 y 117, ps. 294 a 298); a pesar de esto, el art. 856 le impone una obligación de caución análoga a la del usufructuario. En el Cód. francés falta un precepto respecto al particular, pero algunos fallos han negado la obligación de afianzar; v. ap. FUZIER-HERMAN, ad art. 601, n. 4 (a).

(a) [Para el Derecho español, v. art. 805, al final.]

(b) [Cfr. art. 493, Cód. esp.]

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 516; RICCI, t. II, n. 209.

(c) [Art. 820, n.° 3.°, Cód. esp.]

ses (1), está el criterio de muchos escritores notables (2); pero hay que advertir que contemplan casi exclusivamente el caso del usufructo donado o legado al cónyuge, para el que el art. 1.094 fija precisamente un límite máximo a fin de proteger el derecho de los ascendientes y descendientes. En opinión común (3), no es aplicable a este caso el art. 917, correspondiente a nuestro 810, ni la facultad de optar, cuya razón de ser aparece cuando la legítima la fija sólo la ley, respecto a los legados de propiedad, y hay que procurar a los interesados otro medio de defenderse contra los ataques que a sus derechos puedan ocasionar los legados de usufructo. Y es muy natural que al dispensar de caución se estime excedido el límite de la porción que la ley permite sustraer a los legitimarios, cuando la cuantía de esta cuota se determine en relación al valor que tiene el derecho de usufructo, según la estructura que le da la ley misma. Pero en el sistema de nuestro Código, la cuantía de la legítima va determinada directamente siempre, y no de modo indirecto mediante la fijación de la parte del caudal de que se puede disponer libremente en una u otra forma; sin embargo, la detracción de un legado de usufructo cuya renta supere a la de la parte libre, contiene un ataque indudable al derecho de los legitimarios, que deben recibir su cuota en propiedad plena y libre de cargas. La mayor o menor extensión de este perjuicio, que depende de estar o no obligado a afianzar el usufructuario, y el peligro consiguiente a la dispensa, de que ni aún al terminar el usufructo se consolide la propiedad de la legítima, no autoriza a tratar jurídicamente la cuestión de un modo distinto (4), y el legitimario que prefiere sufrirla en vez de abandonar la parte libre, motivando con ello la transformación de su legado de usufructo, no puede pedir una sanción contra la dispensa.

---

(1) V. las citas de DALLOZ, *op. cit.*, n. 415, y de FUZIER-HERMAN, ad art. 601, nn. 26 y 27.—V. también DEMANTE, t. II, n. 442 *bis;* AUBRY Y RAU, § 229, n. 27.

(2) PROUDHON, nn. 824-827; DURANTON, t. IV, n. 611; MARCADÉ, ad art. 1.099, n. 4; DEMOLOMBE, t. X, n. 493; DALLOZ, n. 416; LAURENT, t. VI, n. 515.

(3) TROPLONG, *Disp. entre vifs*, nn. 2.570-2.572.

(4) En cambio, cuando el valor de capitalización del legado es superior a la cuota de libre disposición, cabe pedir que se reduzca.—En contra de la tesis que defendemos, el Trib. de Apel. de Génova (26 febrero 1881, *Foro*, 1881, 1, 637) ha declarado ineficaz una dispensa de caución respecto a bienes que forman el objeto del usufructo y están comprendidos en la legítima, aun cuando los herederos no prefieran el abandono de la parte disponible correspondiente.

Esta necesita aparecer claramente en el título (1), pero no es indispensable que sea expresa (2). De todos modos, no puede darse una regla abstracta diciendo de qué disposiciones sea lícito inducirla; hay una orden indirecta en tal sentido cuando la obligación de prestarla por el usufructuario se impone a uno de los varios herederos, o a un heredero respecto al legatario de la nuda propiedad (3); en cambio, de la dispensa del inventario (a), cuya limitada eficacia hemos visto ya, no cabe indudablemente deducirla (4). Podrá argumentarse alguna vez que quiso hacerla el constituyente cuando en una cláusula deja al usufructuario en plena y absoluta libertad para administrar los bienes, y amplía los poderes que la ley le confiere, demostrando con ello la confianza que le inspira. Pero también, por el contrario, las cautelas y trabas dispuestas por el mismo constituyente, como la venta de los bienes muebles, la inversión del precio así obtenido, el empleo en una forma determinada del capital, la vigilancia de su administración, etc., aun cuando sean manifestaciones de desconfianza hacia el usufructuario, pueden entrañar la dispensa de la caución, por resultar ésta completamente inútil dadas las medidas adoptadas por el constituyente (5). Sólo cuando estas medidas de conservación sean de menor severidad que las que ordena la ley misma, como veremos dentro de poco, para

---

(1) Y también debe resultar claramente si la dispensa ha de ser total o parcial, esto es, si se otorga para todos los bienes que son objeto del usufructo o únicamente respecto a algunos de ellos. La dispensa general vale incluso para el usufructo de cosas consumibles: Cas. de Nápoles, 12 febrero 1890 (*Foro*, 1890, 1, 412).

(2) PROUDHON, n. 823; DEMOLOMBE, t. X, n. 494; DALLOZ, n. 418; Apel. Bolonia, 25 agosto 1877 (*Foro*, 1877, 1, 1.136). En contra, Apel. Macerata, 24 marzo 1885 (*Riv. giur. Bol.*, 1885, 123).

(3) PAP., 8 D. *de us. ear. rer.*, VII, 5.

(a) [Nuestro T. S. declaró, en sentido inverso, que no por haber sido dispensado el usufructuario de la obligación de prestar fianza, queda exento del deber de formar *inventario* (S.ª 20 noviembre 1915).]

(4) Una sentencia que en sentido contrario cita DALLOZ parte de un supuesto singular, a saber, que la dispensa del inventario signifique prohibición de formalizarlo, y que por tal motivo resulte imposible calcular el importe de la caución.

(5) V. en tal sentido las atinadas observaciones de MANARESI, en nota puesta a la sentencia dictada en 1877 por el Trib. de Apel. de Bolonia, antes citada; en dicho fallo se sostiene que la dispensa ha de basarse siempre en la confianza que al constituyente inspire el usufructuario.

reemplazar a la caución, podrá decirse que ésta no ha perdido totalmente su razón de ser, y que el constituyente no ha querido con ellas sustituír, sino reforzar la obligación de afianzar.

La ley presume que están dispensados de la obligación de afianzar el donante y el vendedor que se reservan el usufructo (artículo 497) (a) (1); pero no hay inconveniente legal alguno en que al realizarse la donación o el contrato, aquéllos asuman espontáneamente tal obligación, derogando lo que presume la ley. De igual suerte, están tácitamente dispensados de caución los poseedores de los fideicomisos abolidos con respecto al usufructo que gozan sobre bienes cuya propiedad corresponde a los llamados en primer lugar o sucesores inmediatos (2). No se presume en la donación o venta del usufructo (3); en este último caso la dispensa del adquirente tiene que consignarse de un modo directo o indirecto en el título constitutivo. También se presume constituído con dispensa de caución el usufructo del marido sobre los bienes dotales (art. 1.400) (b), salvo que aquél posea bienes inmuebles, porque entonces la mujer tiene derecho a asegurar la conservación y restitución de su dote mediante una hipoteca (núm. 4.° del art. 1.969) (c) (4).

En cambio, tiene carácter imperativo, no supletorio, el precepto legal que dispensa de caución a los padres cuando usufructúan bienes de sus hijos menores; no se puede privar a los padres del usufructo de los bienes reservados a sus hijos a título de legítima (artículo 223), ni puede ser modificada la naturaleza y el alcance que da a este derecho la ley, imponiendo a aquéllos la obligación de afianzar. En cuanto al legado y las donaciones de bienes de libre disposición, como cabe someterlos a la condición de que los padres queden privados del usufructo, el disponente puede limitar el valor del usufructo y asegurar más los derechos del hijo, exigiendo que se preste caución.

(a) [Art. 492 del Cód. esp.]

(1) Esta dispensa se extiende también al caso de permuta, o de dación en pago, o de cualquiera otra forma de enajenación: AUBRY y RAU, § 229, n. 22; DEMOLOMBE, t. X, n. 490; LAURENT, t. VI, n. 512.

(2) V. el t. I, p. 516.

(3) Como entiende PROUDHON, n. 830.

(b) [Art. 1.358 del Cód. esp.]

(c) [Arts. 1.349 y 1.358 Cód. esp.]

(4) La mujer puede renunciar a la hipoteca, y el marido puede asumir en las capitulaciones matrimoniales la obligación de afianzar.

El artículo 497 (a) dispensa de caución a los padres «que tienen el usufructo legal de bienes pertenecientes a sus hijos», sin agregar el calificativo de *menores;* y por ello hay quien pretende interpretar extensivamente esta regla, aplicándola también al usufructo legal del cónyuge supérstite cuando concurra con sus propios hijos a la sucesión (1). Pero esta interpretación no sólo tiene en contra la tradición histórica de la dispensa, que se remonta al usufructo del *paterfamilias* romano sobre los *bona adventicia,* y el significado restringido que da la ley misma al usufructo legal (arts. 156, 229 y número 2 del 1.967), sino que contrasta con el motivo fundamental de la dispensa, que no ha de buscarse en la confianza que inspira el cariño natural de los padres a los hijos, sino en la función del usufructo anejo a la patria potestad, que asegura el libre ejercicio de la autoridad paterna y realiza la transitoria solidaridad de intereses entre los miembros de la familia durante la menor edad de los hijos (2), en tanto que el usufructo que corresponde a los padres en la sucesión del cónyuge representa un interés opuesto al de la prole. Por otra parte, la vigilancia a que quedan sujetos los padres en la administración de los bienes de los hijos repercute en su posición de usufructuarios y sustituye en cierto modo a la defensa que en otros casos presta la caución al derecho de propiedad; protección que dejaría de existir totalmente si hubiera de admitirse la dispensa al cónyuge que sucede en el usufructo (b).

Por último, queda exento de caución el usufructo del Rey respecto al Real Patrimonio, y tampoco está sujeto a la misma el usufructo de los beneficiados eclesiásticos.

Como quiera que la dispensa de caución se admite ilimitadamente, el propietario puede renunciar a ella cuando quiera; pero del hecho de dar éste posesión al usufructuario no puede inducirse una renuncia tácita, y conserva el propietario íntegra la facultad de exigirla, aun cuando no se den las circunstancias que producen la extinción de los efectos de la dispensa ni estén en peligro

(a) [Art. 492 Cód. esp.]

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 518.

(2) V. el t. I, n. 174.

(b) [A diferencia del Derecho italiano, en el español está exento de la obligación de afianzar el cónyuge sobreviviente respecto a la cuota hereditaria que le conceden los arts. 834, 836 y 837, salvo en el caso de que contraiga segundo matrimonio (art. 492). En Aragón también lo está, por regla general, el sobreviviente que disfruta derecho de viudedad, pero los herederos del finado pueden

sus derechos por negligencia o abuso del usufructuario (a). Los efectos de la renuncia expresa no van más allá de las relaciones en que están con el usufructuario el propietario renunciante y sus herederos; en tanto que la dispensa implica una modificación de índole *real* en el contenido del derecho de usufructo, quedando en tal sentido limitada la propiedad, el efecto de la renuncia es meramente personal o de obligación, y deja intacto el derecho de quien a título originario o por sucesión singular adquiera luego la propiedad, el cual podrá, para asegurarla frente al usufructuario, exigirle caución. El propietario puede siempre, además, modificar la constitución del derecho mismo de usufructo, a fin de exonerar definitivamente a los usufructuarios de la obligación cautoria; pero para que tenga eficacia real esta modificación, debe hacerse pública mediante transcripción en el registro correspondiente (núms. 1 y 3 del art. 1.932) (b) (1).

216. La doctrina corriente no distingue entre los efectos de la dispensa y los de la renuncia, por lo cual los autores en general no tienen dificultad en reconocer que, a pesar de la dispensa, puede pedir el propietario la caución si durante el usufructo la posición económica del usufructuario se modifica de tal suerte que peligren los derechos del dueño. Y según una opinión todavía más favorable a los intereses de éste, pueden motivar igualmente la solicitud de caución, incluso al usufructuario dispensado de ella (2), los cam-

---

exigir fianza al usufructuario en ciertos casos de riesgo de incumplimiento de las obligaciones inherentes al goce de la viudedad. V. el art. 70 del Apéndice.]

(a) [Nuestro T. S. tiene declarado, en sentencia de 5 febrero 1900, que el hecho de no haber exigido los herederos fianza al cónyuge usufructuario cuando le entregaron los bienes, habiendo ya contraído segundas nupcias, no puede, lógica ni jurídicamente, calificarse de renuncia, porque esto llevaría al extremo de privar a los herederos, por una mera omisión y sin acto explícito e indubitable de los mismos, de la facultad de exigir la fianza cuando por unas u otras circunstancias estimasen que era llegado el caso de pedirla, antes del término de prescripción de su derecho.]

(b) [Cfr. art. 2.°, n. 2.° de nuestra Ley Hipotecaria.]

(1) Más adelante (n. 223, *in fine*, notas) nos ocuparemos del caso en que no resulta necesaria la transmisión de las obligaciones personales al sucesor a título singular.

(2) Cfr. PROUDHON, nn. 863-869; DEMOLOMBE, t. X, nn. 497-500; AUBRY y RAU, § 229, nn. 29-32; DALLOZ, n. 435; FUZIER-HERMAN, ad art. 601, números 32-53; PACIFICI-MAZZONI, nn. 524 y 525; BORSARI, § 995.—Según AUBRY

bios que experimenten los bienes sujetos al usufructo; contra tal pretensión, protesta vivamente LAURENT, recordando que la dispensa está fundada, o en un mandato legal, o en un testamento, o en un contrato; y que es irrevocable en estos casos, luego que se concierta el convenio o se abre la sucesión. La razón de analogía que quiere hallarse en el art. 1.176 (art. 1.188, Cód. fr.) (a) es insuficiente por completo, dada la diferencia radical que hay entre la condición del deudor y la del usufructuario, quien conserva la posesión de los bienes a virtud de su derecho real. De todas suertes, si ha habido necesidad de un precepto legal expreso para dar a los hechos posteriores a la constitución de la obligación el efecto de privar del beneficio del plazo que el contrato concede de un modo absoluto, para que se pudiera interpretar la dispensa de caución pura y simple como una dispensa condicionada a la continuidad de las circunstancias que existían al nacer el usufructo, sería preciso también que hablase en forma la ley (b). Únicamente cuando el usufructuario abusara de su derecho, se produciría posiblemente como consecuencia, según el art. 516, la extinción del usufructo y con ella

---

y RAU y DEMOLOMBE, el efecto de la dispensa cesa al sobrevenir la insolvencia del usufructuario, pero no por una simple transformación del objeto del usufructo, aun cuando en este caso el propietario, ya que no pueda exigir caución, puede reclamar otras garantías, como la inversión del capital. Según PROUDHON, el rescate de una renta, o la venta de una finca para pagar una deuda de la sucesión y de la cual venta quede o sobre una parte del precio, son sucesos a que no cabe presumir que se extienda el efecto de la dispensa; en cambio, el cobro de los créditos comprendidos en el usufructo, entra en el ejercicio normal del derecho para cuyo disfrute se ha relevado de caución al titular. En la doctrina francesa hay otras cuestiones que suscitan asimismo discusión, por ejemplo, la relativa a determinar si la caución puede exigirse cuando la insolvencia se produce después de otorgarse el testamento, o solamente después de haberse iniciado el usufructo.—PACIFICI-MAZZONI cree que cuando se trate de padres notoriamente desconceptuados, puede exigirse la caución en el comienzo mismo del usufructo, y desde luego, cuando se proceda al cobro de créditos. BORSARI entiende que, aun cuando se haya prestado caución, ello no basta para que el usufructuario realice por sí el cobro de los créditos, sin asistencia del propietario. Este aspecto de la cuestión, que tanto interés reviste, será estudiado por nosotros cuando nos ocupemos de los derechos que competen al usufructuario.

(a) [Art. 1.129 del Cód. esp.]

(b) [En Derecho español, donde por encima de la voluntad del constituyente está la dispensa fundada en el hecho de la inexistencia del perjuicio, creemos que, sobrevenido éste por cualquier cambio de circunstancias, habrá de quedar sin efecto la dispensa otorgada con anterioridad.]

la del beneficio de la dispensa (a); pero aunque esta segunda medida pueda aconsejarse como precautoria ante el peligro de que se renueven los abusos, es condición imprescindible para aplicarla que los abusos se hayan realizado, no bastando con que únicamente exista el temor de daños, siquiera sea aquél fundado e inminentes éstos (1).

Hay un precepto del Código procesal, sin equivalente en la legislación francesa, y con el que podría intentarse la defensa preventiva de los intereses del dueño frente al usufructuario dispensado de caución: nos referimos al art. 291 de la ley de Proced. civ., según el cual, «*además de los casos indicados en el art. 1.875 del Cód. civ.* y a petición de parte interesada, la autoridad judicial puede ordenar el embargo o secuestro de las cosas muebles o inmuebles cuando exista peligro de alteración, sustracción o deterioro». De las primeras palabras de este artículo aparece con certeza que sus disposiciones no limitan las del art. 1.875 del Cód. civ., y que para ordenar el secuestro judicial no se exige que concurran los supuestos previstos en uno y otro. Por tanto, al modo como el secuestro puede decretarse cuando hay pendiente una controversia sobre la propiedad o la posesión, aunque no haya peligro de sustracción o deterioro, así presentándose este peligro puede también acordarse aunque no exista contienda sobre aquéllas (2). Hay peligro siempre que el usufructuario dispensado de caución caiga en insolvencia o quiebre, y cuando por la venta de una finca, el rescate de una renta o el cobro de un crédito comprendido en el usufructo, se transforme el objeto de este derecho y quede a disposición del usufructuario una cantidad que pueda disipar. En todos estos casos se puede pedir y ordenar el secuestro, que indirectamente sirve para obligar al usufructuario exento de prestar caución, a que la preste sin embargo, y con ello desaparezcan los peligros que el propietario corre.

Pero aun sin reconocer en el artículo 921 de la ley procesal una limitación del 1.875, creo que para obtener una correcta interpretación es menester relacionar ambos artículos y requerir que *penda* o

---

(a) [En Derecho español no se reconoce ninguna de estas dos consecuencias. V. el art. 520.]

(1) LAURENT, t. VI, nn. 516-519; RICCI, t. II, n. 210.

(2) Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giurid.*, t. I, p. 404; MATTIROLO, *Dir. giudiziario* (2.ª edic.), t. V, nn. 609 y ss.; SAREDO, *Istituz. di proced. civ.*, t. II, nn. 1.590 y ss.; GIANZANA, *Sequestro giudiziario e conservativo*, nn. 9-15. V. referencias a doctrina y jurisprudencia en sentido favorable o adverso en nota al *Foro ital.*, 1893. 1, 1.232.

se *inicie* una litis si se ha de aplicar el 921 (1). Así resulta ya del nombre mismo de secuestro *judicial*, que en la ley rituaria no sirve para indicar una antítesis con el secuestro convencional, sino con el conservatorio, y, por consiguiente, no significa secuestro concedido por la *autoridad judicial*, sino secuestro relacionado con un *juicio;* y también resulta de la mención que el artículo 921 hace de la demanda de *parte* y no de persona interesada, y más claramente todavía del artículo 922, que habla de *contendientes* (2). Ahora bien, es evidente que si para acordar el secuestro judicial se exige una litis entablada o que se vaya a entablar inmediatamente (importa poco que ella verse sobre la propiedad, la posesión u otro objeto

---

(1) V., entre otros muchos fallos, el de Cas. de Florencia, fecha 10 mayo 1883 (*Legge*, 1883, 2, 371).

(2) Una sentencia del T. de Apel. de Perusa (dictada en 8 de julio de 1878, *Giur. ital.*, 1879, 2, 33) ha afirmado categóricamente que el acreedor hipotecario, en tanto que no entable ejecución o pida ampliación de hipoteca, no tiene por qué perturbar el derecho de propiedad del deudor solicitando el secuestro judicial. El T. de Cas. de Roma revocó dicha sentencia (fallo de 20 agosto 1879, *Legge*, 1879, 1, 771) por estimar equivocadamente que el inferior había considerado necesaria la existencia de contienda previa respecto a la propiedad o la posesión para decretar la procedencia del secuestro judicial; por lo demás, en otros casos se ha admitido el secuestro de la finca hipotecada a instancia del acreedor y con motivo de temerse justificadamente ciertos deterioros; en tal sentido, el mismo T. de Apel. de Perusa, en 11 diciembre 1879 (*Foro*, 1880, 1, 58), y el de Bolonia, en 17 agosto 1893 (*Foro*, 1893, 1, 1.238). Si estas sentencias, por la amplitud que al arbitrio judicial reconocen en la fundamentación del fallo, van contra los principios sentados en el texto, ello no implica que dejen de ser justas, pues las circunstancias del caso quizás tuvieran fuerza bastante para evidenciar el temor de los menoscabos futuros, habida cuenta de los desperfectos ya causados: hipótesis esta última en que el acreedor hipotecario tiene derecho a un suplemento de hipoteca con arreglo al art. 1980. No es ocasión de desarrollar las restantes consecuencias que se desprenden del carácter atribuíble, a mi juicio, al secuestro judicial; carácter que explica por qué el Cód. procesal no se limita a hacer referencia a las disposiciones sobre el secuestro conservatorio, sino que obliga a que el procedimiento se siga en el mismo pleito principal que se halle pendiente o se haya iniciado al propio tiempo que el secuestro; y también cabe deducir de aquel carácter un elemento para decidir, en contra de la opinión que ha prevalecido, la *vexata quaestio* de si puede solicitarse el secuestro por sí, o sólo en un verdadero pleito contradictorio, o como incidente del proceso principal. V. un resumen de la jurisprudencia y de la doctrina en BUSATTI, *Foro*, 1889, 1, 929, y últimamente en la nota publicada también por el *Foro*, 1894, 1, 1.322.

cualquiera) habrá que probar, para concederle el secuestro, que el dueño, bien por insolvencia del usufructuario, o por la alteración sobrevenida a los bienes, tiene derecho a ejercitar una acción contra el usufructuario dispensado; y es una petición de principio inducir de la posibilidad del secuestro la existencia de su derecho contra el usufructuario dispensado de afianzar.

Afirmo, pues, en conclusión, que ni directa ni indirectamente cabe negar la irrevocabilidad de la dispensa; y que si ésta tiene valor, es en cuanto *hace que el derecho del usufructuario a la posesión, sea independiente de la defensa preventiva del propietario*, y reduce a éste a satisfacerse con una tutela represiva, con una protección subsiguiente a la violación efectiva de su derecho. Cuando ésta se realice, aun antes de extinguirse el usufructo, es cuando nace su derecho a accionar contra el usufructuario; y sólo entonces puede pedir y obtener *in limine litis* la resolución precautoria del secuestro para asegurarse contra los daños que pueden surgir mientras se tramita el juicio iniciado o por iniciar.

Hay, sí, un caso en que la ley otorga una defensa preventiva, no obstante la dispensa de caución: cuando el usufructo recae sobre cosas fungibles o cuando éstas sustituyen al primitivo objeto y cae en insolvencia el usufructuario; porque entonces el derecho del propietario se ha transformado en un derecho de obligación, en la facultad de reclamar el equivalente al terminar el usufructo, y son de aplicar directamente las previsiones del artículo 1.176 (a), que declara extinguido el beneficio del término con respecto al deudor insolvente; y como el propietario puede exigir la restitución inmediata, contra ella no cabe que el usufructuario se defienda sino prestando caución (1).

217. El usufructuario tiene siempre en su mano cumplir su obligación de inventariar; pero, en cambio, puede ocurrir que no esté en condiciones de encontrar un fiador capaz, o que carezca de bienes propios que poder ofrecer en garantía, o bien que el sacrificio para obtener la fianza o el daño que experimentaría gravando sus bienes sean desproporcionados a los beneficios que pudiera obtener del usufructo; y no hay razón por ello para privarle de este beneficio si los fines de la caución pueden obtenerse por otro medio,

(a) [Art. 1.129 del Cód. esp.]

(1) Cfr. *infra* el cap. VIII; y sobre el cobro de los créditos usufructuados, los nn. 292 y 293.

proporcionando al propietario la seguridad completa de que, al terminar el usufructo, será reintegrado en sus derechos mediante una limitación en los del usufructuario. Y a esto tienden las providencias conservatorias que para conciliar los intereses del dueño con los del usufructuario suministran los artículos 498 y 499, que reproducen y completan las previsiones de los artículos 602 y 603 del Código francés (a). Procede aplicar éstos, según el artículo 498, «cuando el usufructuario no pueda prestar caución suficiente»; pero no hay necesidad de probar esta imposibilidad, cosa dificilísima, porque quien cambia de posición jurídica a virtud de aquélla es el usufructuario, no el propietario. Además, el artículo 499, que prevé, a su vez, algo que altera la posición jurídica del propietario, preceptúa las condiciones para su aplicación en estos términos genéricos: «No prestando caución el usufructuario»; y de esta diversidad de dicción hay que inducir forzosamente la facultad del usufructuario de sustraerse a la obligación de prestar caución con tal de someterse a las medidas conservatorias que la sustituyen en su propio interés, lo mismo si es que no puede prestarla como si es que cree no poderlo hacer o no quiere cumplirlo (b).

Estas medidas difieren según la naturaleza distinta de los bienes usufructuados, y, por consiguiente, de los peligros contra los cuales hay que defender al dueño. En los inmuebles, que el usufructuario pudiera menoscabar descuidando su cultivo y conservación o permitiendo que fueran usurpados, se le quita el disfrute directo, facultándose al propietario para pedir que se arrienden o pongan en administración (c). Pero siempre es el usufructuario, por medio del arrendatario o del administrador, quien conserva la posesión de los bienes, ya que de ella disfruta en nombre del propietario, y al usufructuario pertenecen todos los frutos del fundo o la merced en caso de arriendo; como también dependen del usufructuario los arrendatarios y administradores, y ante el usufructuario responden en primer lugar, mientras que el propietario no tiene otro derecho que el de un acreedor del usufructuario, o sea ejercitar las acciones que le corresponden contra él. Asimismo el usufructuario es quien puede elegir arrendatario, siempre con aprobación del dueño, al que deben

(a) [Cfr. arts. 494 y 495 del Cód. esp.]

(b) [En el Código español es todavía más indudable esta solución, pues los arts. 494 y 495 se refieren, en términos muy generales, a la hipótesis de que el usufructuario no preste la fianza, a pesar de estar obligado a darla.]

(c) [El Código español sólo habla de ponerlos en administración.]

[illegible] los contratos que celebre, para que pueda apreciar si de las condiciones económicas del arrendatario y de las garantías que ofrece, resulta seguridad bastante para la buena conservación del fundo (1). El propietario no puede exigir que el arrendamiento se haga en subasta pública, ni protestar contra la exigüidad de la merced convenida, cuando no se le prive de aquellas garantías, porque el usufructuario no es solamente el *primero*, sino el *único interesado* en conseguir las mayores ventajas con el arrendamiento, y si se admite la ingerencia del dueño es para defender la integridad de los bienes, por lo que no cabe autorizarle para que se anticipe a prevenir el daño que en su día, al cesar el usufructo, le pueda ocasionar un arrendamiento perjudicial, ya que de este daño no puede defenderse cuando el usufructuario ha prestado caución y tiene plena libertad para administrar. En cambio, desobedecería el usufructuario los preceptos legales si entregase en aparcería el fundo en vez de arrendarlo (2), porque la aparcería en que el aparcero no es un labrador independiente, sino un socio industrial, ejecutor de las instrucciones del arrendador, no excluye, sino que presupone la ingerencia de éste en la custodia y administración del fundo, cosa que puede parecer peligrosa al dueño cuando no se haya prestado caución; agréguese a esto el corto tiempo de duración ordinaria del contrato, la dificultad para una tercera persona de vigilar la rápida y continua mutación de las relaciones obligatorias entre arrendador y colono y otras circunstancias más, y se verá por qué no debe considerarse la aparcería como una situación estable para la economía del fundo.

Sólo cuando el usufructuario no pueda lograr un arrendamiento conveniente o el propietario rehuse justamente aprobar sus condiciones, podrá imponerse el secuestro del fundo; medida tanto menos conforme al interés del usufructuario cuanto que es mayor el dispendio que por sí debe éste sufrir. La autoridad judicial, procediendo discrecionalmente, es la que ha de decidir sobre todas las diferencias que puedan surgir entre propietario y usufructuario acerca de la elección de arrendatario, condiciones del contrato y preferencia que deba dársele con relación al secuestro. Las partes pueden convenir en que se haga cargo del fundo el dueño y enton-

(1) V. DEMOLOMBE, t. X, n. 507, y LAURENT, t. VI, n. 522.

(2) En contra, PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, n. 532. La letra de la ley favorece nuestra interpretación; en la terminología del Código el arrendamiento a medias no se llama nunca *affitto* (alquiler).

ces éste adquiere el carácter de administrador (1) o de arrendatario (2); en úno y otro caso cambia la índole jurídica de su posesión, cesando la que tenía a título de propiedad y comenzando la detentación en nombre del usufructuario. Si se obliga a satisfacer una merced fija al usufructuario, éste respecto a él asume todos los derechos y obligaciones de un arrendador, pero conservando íntegramente su derecho real de usufructo, a diferencia de lo que ocurre cuando a causa de sus abusos puede quedar reducido a un simple derecho de obligación para con el propietario. El usufructuario conserva en todo caso el derecho de oponerse a un arrendamiento hecho al propietario, o a que se le nombre administrador, y tiene facultades para que se confíe la administración a un tercero cuando el dueño no asegure las obligaciones que para con él ha adquirido al empezar a poseer en su nombre (3).

Le está además reservado expresamente al usufructuario el derecho a que se le entregue para su uso una casa comprendida en el usufructo; esta facultad que, contra lo que se ha creído, no está subordinada a la prestación de una caución juratoria (a), tiene por límite, a imagen del derecho de habitación, las necesidades del usufructuario y de su familia, no pudiendo éste obtener de ella provecho mediante un arrendamiento realizado sin el consentimiento del propietario. Por otra parte, conserva el derecho a habitarla, aun frente a los futuros propietarios sucesivos, a no ser que por sus abusos constantes quede expuesto a la pérdida del derecho mismo de usufructo, o cuando menos a la privación de este disfrute parcial (b) si no presta fianza bastante para impedir que aquéllos se repitan.

Para proteger los derechos del propietario sobre el metálico comprendido en el usufructo, hay necesidad de un cambio más radical en la posición del usufructuario, porque en estos casos quedaría ex-

---

(1) Apel. Nápoles, 23 mayo 1866 (*Giur. it.*, 1866, 2, 244).

(2) Para la posibilidad de arrendamientos hechos por el usufructuario al propietario, v. ULPIANO, 29 D. *quibus modis*, VII, 4.

(3) El T. de Apel. de Bolonia, en 29 enero 1884 (*Riv. giur. Bol.*, 1884, p. 51), afirma que en general ha de preferirse la entrega al propietario (mejor que el arriendo y el secuestro) como la solución más conveniente para los intereses de las partes. Pero el juzgador habrá de tener en cuenta la posible oposición que con fundamento suscite el usufructuario.

(a) [Lo contrario sucede en el Cód. esp., art. 495, párrafo 1.°]

(b) [V. art. 529, Cód. esp.]

puesto aquél a graves peligros si se autorizara que el derecho real del propietario se convirtiera en un derecho de crédito (en la facultad de cobrar el equivalente) y el usufructuario no hubiera dado caución. El dueño puede rehusar que quede el dinero a disposición del usufructuario y exigir que se dé a aquél una inversión fructífera (a), con lo que, en vez de la propiedad del dinero, adquiere la propiedad del crédito contra la persona o entidad en cuyo poder ha quedado, perdurando la posesión y el disfrute de este crédito a beneficio del usufructuario. Así como el arrendamiento precautorio de los inmuebles es un acto de administración que puede en su propio nombre realizar el usufructuario, siquiera necesite la aprobación del dueño, la colocación de una cantidad de dinero es un acto de disposición, que sólo puede realizar el propietario, si bien el usufructuario puede proponer prestatario, y no cabrá que lo rechace aquél si su solvencia es manifiesta, aunque la inversión le parezca desventajosa. Puede el usufructuario percibir los intereses y obrar en nombre propio contra el deudor; pero, al contrario de lo que ocurre en el usufructo constituído originariamente sobre un crédito, no puede recibir el capital sin consentimiento del dueño; cuando durante el usufructo vence aquél, debe concertarse con el propietario para una nueva inversión, y entre tanto, el capital queda en manos del dueño o se deposita, a petición del usufructuario, en poder de persona que a ambos ofrezca garantía. Salvo esto, no hay diferencia con respecto al usufructo constituído originariamente sobre un crédito, y singularmente el propietario es quien sufre el perjuicio de la insolvencia del deudor, porque con la inversión desaparece la obligación del usufructuario para con él de restituír el equivalente, ya que la obligación del usufructuario consiste en devolver el crédito y no su importe (1).

(a) [El Cód. esp., art. 494, ordena que los capitales o sumas en metálico se inviertan en valores seguros.]

(1) No es tampoco menor la garantía del propietario en estos casos que en la hipótesis de un usufructuario que haya prestado caución. Cierto que al existir fianza, hay dos deudores, y cuando el dinero se ha colocado, no existe más que uno; pero, en cambio, es él, el propietario, quien en el segundo caso elige a ese deudor único, y puede rechazarlo si no le merece confianza bastante. Según DURANTON (t. IV, n. 606), la colocación o inversión del dinero presupone su adquisición anterior por el usufructuario; por tanto, éste ha quedado ya obligado a devolver cantidad equivalente, y no se libra de esta obligación por el hecho de que el crédito resulte incobrable. Hay en este razonamiento un error; al nacer el usufructo, lo que se adquiere es el derecho real, no la propie-

Lo mismo se hace con los géneros o mercancías que no pasan a propiedad del usufructuario sin caución, sino que se venden y el importe se coloca a interés. El propietario está interesado en que la venta se realice en condiciones ventajosas, interés de que carece en los casos de arrendamiento de los bienes, o de inversión de metálico, porque con el precio se fija, no ya la cuantía, sino el objeto mismo de su propiedad; por eso es opinión común que puede pedir la enajenación en subasta pública (1).

A los anteriores preceptos, tomados del Código francés, agrega discretamente el nuestro el derecho del propietario a pedir la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos, en los que habrá de anotarse la existencia del usufructo (a). Así se concilia del modo más sencillo la defensa de la propiedad con la conservación del derecho de goce del usufructuario, quien, si bien no adquiere la propiedad de los títulos ni la posibilidad de disponer de ellos temporalmente (como para constituír una fianza, por ejemplo, o para otro objeto cualquiera, supuestos alternativamente posibles, según veremos a su tiempo, cuando cumple el deber de prestar caución), obtiene la misma cantidad de frutos que eran susceptibles de dar los bienes objeto de su derecho de usufructo. Esta disposición no es aplicable únicamente a los títulos de la Deuda pública, sino a todas las Acciones de sociedades comerciales e industriales y Obligaciones de los municipios, provincias y corporaciones públicas y de sociedades que hagan emisiones en la doble forma de títulos nominativos y al portador.

218. El artículo 499 dispone por separado los sustitutivos de la caución cuando el usufructo comprende bienes muebles que se dete-

---

dad de las cosas consumibles, que requiere la previa toma de posesión por el usufructuario; y es evidente que el propietario no da posesión de dichos bienes cuando empieza por exigir su colocación, por lo cual no adquiere el usufructuario la propiedad de ellos. Y si el propietario solicita la caución, y en su defecto la inversión de los bienes, después de haber adquirido el usufructuario la posesión (y por tanto la propiedad), ha de entenderse que tal solicitud (y la inversión, si se realiza), implican el cumplimiento de obligaciones nacidas para el usufructuario en el momento de adquirir la propiedad, y desde ese momento queda novada la obligación en que se hallaban propietario y usufructuario.

(1) V. Dalloz, n. 404; Pacifici-Mazzoni, n. 536.

(a) [El Código español, con fórmula más general, dice que los efectos públicos y títulos de crédito, nominativos o al portador, se convertirán en inscripciones o se depositarán en un Banco o establecimiento público.]

alorán con el uso, disponiendo que a petición del propietario sean vendidos e invertido su precio, como ocurre con las mercancías, y reservando a la autoridad judicial, a petición del usufructuario, la facultad de concederle a éste una parte de los bienes muebles que necesite para su propio uso, con la obligación de restituirlos al final del usufructo. La separación formal de este precepto con respecto a los anteriores, pudiera explicarse por la amplitud que atribuye la segunda parte de él a la autoridad judicial, que ha de decidir «con arreglo a las circunstancias», o sea según la confianza mayor o menor que inspire el usufructuario, y según, también, sus mayores o menores necesidades, teniendo asimismo en cuenta la importancia que comparativamente con los bienes objeto del usufructo tengan los que pide. En nuestro Código (a) está suprimido el requisito de la caución juratoria, a que el Código francés subordina la concesión, y es completamente arbitrario pretender imponerla entre nosotros (1). Por lo demás, nada hay que replicar acerca de la divergencia entre los preceptos del artículo 499 y los del anterior, ni de la diversidad de dicción de los dos artículos. Ya he dicho que el artículo 499 presupone la falta de caución incluso porque así lo haya querido el usufructuario, y este supuesto debe aplicarse *a fortiori* a las medidas del artículo 498. Ni porque éste prescriba en términos absolutos el arrendamiento, el secuestro o la inversión del capital y el artículo 499 hable del derecho que tiene el propietario a pedir la venta de los muebles, debe creerse que en este segundo caso esté en libertad el propietario de retener para sí la posesión (2). La petición de medidas conservatorias es siempre una facultad a la cual puede renunciar el propietario; pero si no la ejercita, no tiene otro remedio que transmitir la posesión al usufructuario (3). Sería irrisorio que reconociéramos en el usufructuario un derecho a los intereses en caso de venta cuando pudiera quedar al arbitrio del propietario privarle del disfrute directo, dejando de instar la venta. En realidad, el propietario ningún interés tendría en la enajenación, porque aun quedando obligado a entregar los muebles al usufructuario tan pronto como éste preste caución debida, entre tanto conservaría la posesión a título de propiedad, no de depósito, y podría libremente servirse de aquéllos. En apoyo de esta doctrina se dice no ser justo

(a) [No en el Cód. esp., art. 495.]

(1) Como lo hace Pacifici-Mazzoni, n. 539.

(2) Según sostienen Aubry y Rau, § 229, n. 21.

(3) Pacifici-Mazzoni, n. 538.

que, porque el usufructuario no preste caución, y el propietario no renuncie a la garantía, se le obligue a éste a perder la propiedad de los muebles, que puede estar interesado en conservar. Pero según las enseñanzas que corren, se tiene ya en el caso del dinero y de las mercancías una necesaria transformación del cuasiusufructo en usufructo, como consecuencia de la falta de caución; y de los muebles deteriorables con el uso (donde se corre el riesgo de recibirlos reducidos a un valor mínimo al terminar el usufructo), es conforme al interés del propietario la recuperación del valor entero mediante su crédito sobre el precio. Por lo demás, cuando tenga un interés especial en conservar la propiedad de los bienes, nada impide que se abstenga de venderlos, con tal que perciba el usufructuario el interés correspondiente al valor de tasación. Así puede liberarse definitivamente de la carga del usufructo, que queda convertido en un derecho personal a una prestación periódica reclamable por el usufructuario y cuya obligación asume el dueño (1). La interpretación aquí expuesta del artículo 499 no perjudica los intereses del propietario si se aplica rigurosamente, limitándola—conforme a los términos claros del mismo—, únicamente a los bienes muebles deteriorables por el uso (a). En cambio, en aquéllos que no sufren deterioro alguno por el uso normal, o a lo menos no experimentan menoscabo apreciable durante el tiempo máximo del usufructo, como los libros, armas, piedras preciosas, estatuas, cuadros, medallas, no puede imponerse la venta al propietario que quiera resistirse a entregar la posesión a un usufructuario sin fianza (b). Esta coacción indirecta agravaría con una carga insoportable la que ya de suyo implica el usufructo: por eso en este caso la falta de caución supone para el usufructuario la privación absoluta del disfrute (2).

Los gastos que ocasione la ejecución de las medidas conservato-

---

(1) El usufructuario no puede resentirse porque no se le admita ya a la obtención de esos muebles mediante la oferta de caución; como tampoco se puede agraviar si son vendidos a un tercero. En estos casos se realiza una conversión del usufructo en derecho personal; igual sucede también en otros supuestos (aparte de la hipótesis de falta de caución). V. *infra*, n. 276 *i. f.*

(a) [El art. 494 del Cód. esp. no contiene esta última limitación, y autoriza al propietario para exigir que se vendan los muebles en general.]

(b) [Según el Código español, párrafo 3.° del art. 495, pueden exceptuarse de la venta de muebles los que, por su mérito artístico o porque tengan un precio de afección, quiera conservarlos en su poder el nudo propietario, afianzando abono del interés legal del valor en tasación.]

(2) PROUDHON, n. 841; DEMOLOMBE, t. X, n, 513; DALLOZ, n. 406.

das indicadas, debe satisfacerlos el usufructuario, que es el causante de ellos por no haber afianzado, y entre estos gastos no sólo están comprendidos los de la conversión de los títulos, remuneración a los administradores, y los de los contratos de arrendamiento y venta, en la parte que no corresponda legal o convencionalmente a los compradores o arrendatarios, sino también los producidos para suscitar la intervención del propietario en los contratos o al notificárselos para lograr su aprobación. En cambio, los que ocasionen las diligencias judiciales promovidas por el propietario acerca de la elección y ejecución de las medidas de seguridad, no incumben al usufructuario, sino cuando las resoluciones judiciales dispongan otra cosa.

Como la enumeración de los sustitutivos de la caución contenida en los artículos 498 y 499 no es limitativa, no hay por qué desechar, v. gr., el arrendamiento o secuestro de los buques, así como de los inmuebles sujetos al usufructo, para dar seguridad al propietario sin privar al usufructuario de su derecho al goce. Igualmente debe admitirse el arrendamiento o el secuestro de los establecimientos industriales o mercantiles, y como quiera que no sólo está interesado el propietario en conservarlos en su patrimonio, sino que el usufructuario puede también aspirar con la cesión de su disfrute a ventajas mayores de las que le proporcionaría la inversión de la cantidad que se obtuviera con su venta, podrá oponerse fundadamente a esta transformación del objeto de su derecho. Con más razón aún puede oponerse a que se vendan únicamente las mercaderías de la tienda, o las herramientas y material de industria (a), pues su continuación sería entonces imposible, haciéndole perder así, sin resarcimiento, el valor correspondiente a los beneficios que el negocio pudiera dar (1); la inaplicabilidad de las reglas del artículo 499, procede de la modificación que la cualidad jurídica de las mercancías, herramientas, máquinas y materiales, experimenta a causa de su destino económico y del carácter accesorio que tienen respecto a lo que representa el establecimiento (2). Aquellos títulos al portador cuya conversión en nominativos no sea posible, deben ser depositados en un establecimiento público que los custodie en nombre del propietario, y sirva los intereses al usufructuario o ponga a éste en situación de procurarse directamente el pago de esos intereses.

(a) [V. la previsión del art. 495, § 2.°, del Cód. esp.]

(1) En tal sentido, PACIFICI-MAZZONI, n. 533.

(2) Cfr. cap. IV, § 1.

En cambio, para los muebles no deteriorables con el uso, es improcedente un sustitutivo de la caución; pero si un tercero quisiera custodiarlos y asegurar su conservación al propietario, podría pedir y obtener del usufructuario la entrega de la posesión, ofreciéndose al dueño como fiador (1).

219. En cualquier tiempo puede el propietario pedir la caución (a) y para obligar al usufructuario a prestarla, cabe que retenga la posesión no transmitida, o reivindique del usufructuario la ya entregada. Éste, a su vez, si rehusa afianzar, puede pedir la aplicación de aquellas medidas que en una u otra forma le procuren el disfrute sin disminuír las garantías del propietario. En esto consiste la diferencia, ya anotada, entre las sanciones que implica la obligación de afianzar y las que lleva consigo la obligación de hacer inventario. Aun cuando el usufructuario no haya inventariado, no se le priva del derecho a los frutos que dé la cosa; pero no puede reclamar que sea puesta en condiciones de producir, exigiendo, por ejemplo, que se dé a interés una cantidad de dinero, o pidiendo que rinda mayor interés del que da mientras el propietario retiene su posesión. Además, puede, naturalmente, sustraerse el usufructuario a la exigencia de afianzar cuando al nacer el usufructo esté ya constituída una de las relaciones jurídicas enumeradas por la ley como sustitutivos de la caución, cuando el fundo esté arrendado, los capitales invertidos fructíferamente, o los títulos y obligaciones revistan la forma de valores nominativos (2). Mientras duran estas relaciones, no cabe perjuicio para el derecho del propietario a causa del

(1) Si por el hecho de recibir la posesión de los bienes ofreciese el tercero una cantidad, no podría el dueño negársela al usufructuario, aunque se comprometiera él mismo a hacer otro tanto, como sostienen MARCADÉ, ad art. 603, y PACIFICI-MAZZONI, n. 538.

(a) [El T. S. español, tiene declarado que el derecho de obtener la fianza no tiene, en cuanto al tiempo, otro límite que el de la prescripción (S.ª 5 febrero 1900).]

(2) Cfr. Apel. Turín, 26 noviembre 1877 (*Giur. torin.*, 1878, 78). Diferente es el caso de un usufructo constituído a favor del deudor y que recae sobre el mismo crédito que el propietario puede reclamarle. La inversión de una cantidad en poder del usufructuario no puede considerarse, desde luego, como razón bastante para que el propietario quede garantizado, y para que, en su virtud, quepa prescindir de la caución; antes bien, sigue el usufructuario en el deber de prestarla, y si no lo hace, se expone a que se cobre el capital y se invierta en forma que, sin quitarle la renta que le corresponde, ofrezca la debida

[illegible] que el usufructuario realiza, pues está limitado éste como si la relación se hubiese constituído después de nacer el usufructo, y con el propósito de dar seguridad al propietario; por lo tanto, no se podrá sin su concurso proceder al cobro de los créditos cuando llegue el vencimiento de los mismos. En cambio, si no fuera admisible un sustitutivo de la caución, esto es, en el caso de usufructo sobre muebles que no se deterioran con el uso, el propietario puede retener su posesión sin quedar obligado a satisfacer intereses del precio al usufructuario. En cualquier tiempo y ofreciendo caución puede, de todos modos, el usufructuario dar por terminada la retención de la posesión por parte del propietario y remover la traba que supone el secuestro o la conversión en títulos nominativos, recuperando el libre disfrute de los créditos en que esté invertido el dinero y el precio obtenido con la venta de los muebles sujetos al usufructo, salvo, naturalmente, los efectos reales de los arrendamientos concertados.

La falta de caución, como la de inventario, puede excepcionarla el tercero que posea en nombre del dueño, y que, obligado a defender su derecho, tiene facultades para poner los medios a ello conducentes, esto es, para pedir en su nombre la caución. También el deudor puede legalmente rehusar el pago del capital al usufructuario del crédito cuando no haya afianzado ni esté dispensado de hacerlo, porque el dicho deudor tiene interés y derecho en asegurarse por sí mismo de la eficacia del pago respecto al propietario del crédito, para quedar así liberado válida y definitivamente de su obligación con respecto a aquél, mediante la seguridad que el dueño posea de la restitución por parte del usufructuario. Pero el ejercicio del derecho de usufructo respecto al deudor, no está subordinado en todos los aspectos al cumplimiento de la obligación de afianzar; el usufructuario está capacitado, desde luego, para realizar actos de conservación, tan indudablemente como tiene facultad para exigir los intereses aun cuando no haya prestado caución, porque de esa exigencia no se sigue perjuicio alguno a los derechos del propietario, ni aumenta la responsabilidad del deudor para con él (1).

Por otras consideraciones, tampoco la falta de caución es un impedimento para reivindicar los bienes objeto del usufructo contra un poseedor en nombre propio que carezca de título o lo tenga vicioso; si la pretensión del usufructo no implica una impugnación

---

seguridad al propietario. Cfr. PAULO, 4 D. *de us. ear. rer.*, VII, 5; DEMOLOMBE, t. X, n. 481. *Contra:* SALVIAT, *Us.*, t. I, p. 109.

(1) V. BÜRKEL, *op. cit.*, II, § 7.

del derecho de quien posee a título de dueño, éste tiene, indudablemente, derecho a pedir para sí la caución; pero si implica la negación del derecho del poseedor, no puede éste invocar, para defender su posesión ilegítima, el derecho del verdadero propietario, esto es, de un tercero con quien no está unido por vínculo jurídico alguno. El usufructuario que pide la posesión a título de usufructo (1), reclamándola de quien posee sin título o con título defectuoso, proporciona un fundamento suficiente a su pretensión (2) en cuanto ofrezca la doble demostración de su derecho de usufructo y de la pertenencia de la propiedad a un tercero (que implica la falta de título o el vicio del título del poseedor). O, en otros términos, basta que pruebe mejor derecho a poseer que la persona que ahora posee; no necesita demostrar que tendría derecho a pretender la posesión aun frente al verdadero propietario; porque el obstáculo a esta pretensión nace del derecho de obligación a favor de éste para pedir que se preste fianza, y el propietario es el único que puede legalmente ejercitarlo. Los derechos del verdadero dueño no pueden sufrir indirectamente perjuicio por este procedimiento; como el usufructuario mismo ha reconocido previamente la existencia de sus obligaciones hacia él, siempre le queda abierta la puerta para intervenir en el juicio contra el poseedor ilegítimo, o actuar después de lograda la posesión por el usufructuario y exigir de él la debida garantía mediante la caución.

220. La ley que rige la obligación de afianzar, como la de inventariar, es la vigente al tiempo de nacer el derecho de usufructo (3). La ley que impusiera o modificara estas obligaciones, ignoradas o reguladas en otra forma por la anterior, carecería de fuerza retroac-

---

(1) Ya ha reconocido previamente en el inventario que la propiedad pertenece a otro, y que la posesión a que aspira no será en concepto de dueño. V. *supra*, ps. 33-34.

(2) La demostración de que él es usufructuario, y que un tercero es dueño, no constituiría base bastante para pedir la posesión en concepto de propiedad, pues no tendría derecho preferente al del actual poseedor. De aquí la necesidad del inventario, que determina la naturaleza de la posesión que pretende, con repercusión incluso frente al poseedor ilegítimo.

(3) El T. de Cas. de Palermo, 30 marzo 1878 (*Cir. giur.*, 1878, 255) ha declarado con carácter general que el usufructo constituído bajo el imperio de una ley no puede quedar sometido a otra posterior que rija en el momento en que ha de regularse el hecho acontecido.—Cfr. GABBA, *Retroattività delle leggi* (2.ª ed.), t. III, p. 92.

tiva respecto a los derechos adquiridos por el usufructuario para obtener o conservar la posesión y el disfrute independientemente de los requisitos que exija la nueva ley. Y sin influjo sobre el usufructo adquirido anteriormente queda asimismo la ley que suprime la carga de estas obligaciones; no sólo porque el propietario tiene un derecho adquirido a su cumplimiento, sino también porque el mismo derecho del usufructuario está sometido a las condiciones de la ley bajo la cual lo adquirió y no lo puede ejercitar sin observarlas, ni siquiera respecto de aquél a quien la propiedad corresponda en virtud de la nueva ley (a).

La autoridad de las leyes extranjeras en esta materia está señalada en la disposición fundamental del art. 7.° de las Disposiciones preliminares (b). Respecto al usufructo de bienes inmuebles, la obligación de inventariar y afianzar la regula exclusivamente la ley del lugar en que estén sitos; en cambio, cuando se trata del usufructo de bienes muebles, rige la ley nacional del propietario, salvo que la ley del país en que se encuentren señale competencia distinta. De esta suerte la existencia y la extensión de estas obligaciones modifican el contenido mismo del derecho de usufructo, son independientes del acto o del negocio jurídico de que procede el usufructo y quedan sometidas a la autoridad de la ley a que los bienes están sujetos, resultando sin aplicación las leyes por que se rigen los hechos o negocios jurídicos que crearon el usufructo. Respecto a los muebles situados en Italia, la ley italiana los somete a la del propietario, y si ésta no impusiera al usufructuario la medida preventiva de la caución, no podría exigirse tampoco ella al usufructuario italiano. Menos aún, para ampliar la autoridad de la ley del país que exige prestación de fianza, podrá equipararse esta demanda a la petición de una medida conservatoria como el secuestro, que con un acto de imperio puede decretar la autoridad judicial, tanto a favor como en contra de extranjeros, o de aquellos que tienen derecho a la protección derivada de su poder y están sometidos a éste; porque la obligación de afianzar la impone la ley, no el juzgador; los Tribunales se limitan únicamente a reconocerla y ejercitan para ello, no el imperio, sino la jurisdicción, por lo cual no pueden acordarla cuando la niega la ley, que es quien tiene autoridad en la materia (1).

(a) [V. las reglas transitorias 1.ª y 4.ª del Cód. esp.]

(b) [Art. 10, párr. 1.° del Cód. esp.]

(1) El T. de Cas. de Florencia, en 28 julio 1884 (*Legge*, 1884, 2, 475), declaró que la providencia mandando anotar sobre determinados valores, situa-

dos en un Banco extranjero, la existencia del usufructo, pues estaban colocados sólo a nombre del propietario, es una medida meramente conservatoria y que en tal concepto puede decretarse aunque el usufructuario esté dispensado de caución, debiendo regularse, por lo demás, con sujeción a las leyes del Estado en que surja la contienda. Este fallo no va contra las afirmaciones que dejamos sentadas en el texto, pues en realidad se trataba de un usufructo constituído entre extranjeros, con dispensa de caución, y en que el usufructuario había cometido tales desafueros (cobrando créditos y realizando diversos actos de disposición), que el propietario se veía en la necesidad de solicitar amparo contra nuevos abusos. La autoridad judicial italiana no quería someter a los expresados súbditos extranjeros al imperio de nuestra ley con motivo de una cuestión sobre propiedad mobiliaria; lo que quiso fué crear, mediante un acto de *imperium*, una obligación que sirviera de garantía a los derechos de dichos extranjeros. Estimo, por lo demás, que en materia de medidas precautorias y provisionales, no siempre cabe aplicar las leyes del Estado donde la controversia se produce: se necesita que las mencionadas medidas hayan de aplicarse en el mismo Estado, porque sólo en este caso goza de imperio la autoridad que las acuerda. Esta hipótesis era exactamente la que motivó otra sentencia del propio T. de Casación (17 noviembre 1874, *Legge*, 1875, 1, 3); pero en el caso que ahora examinamos no concurrían tales requisitos, pues los depósitos estaban constituídos en un Banco extranjero, y la legislación del país podía oponer un obstáculo insuperable a la ejecución de las medidas decretadas.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA POSESIÓN

§ 1. Derecho a la posesión por parte del usufructuario.—Influjo recíproco de la cosa juzgada respecto al usufructuario y al propietario.

Sumario: 221. El derecho a la posesión como elemento esencial del usufructo.—222. Valor que la sentencia obtenida por el causante tiene a favor y en contra del sucesor a título singular y del usufructuario.—223. Continuación. Fundamento de tal autoridad en la transmisión del derecho y de la obligación de hacer cumplir y de acatar lo juzgado.—224. Si el fallo tiene autoridad para el causahabiente cuando la adquisición ha ocurrido antes de dictarse la sentencia, pero después de iniciada la litis. Solución negativa.—225. Imposibilidad de admitir soluciones intermedias.—226. Aplicación del fallo al usufructuario que trae causa del dueño contra quien se pronunció la sentencia. Cuándo tiene derecho el usufructuario a oponerse como tercero.—227. Si la sentencia proferida contra el propietario puede cumplirse a beneficio de quien con posterioridad haya adquirido el usufructo o en contra suya.—228. Supuesta representación recíproca imperfecta o *ad meliorem causam* del usufructuario y del nudo propietario. La representación imperfecta explicada por los principios de la gestión de negocios ajenos.—229. Requisitos de la representación gestora.—230. Normal inaplicabilidad de los principios de la representación gestora a las relaciones entre usufructuario y nudo propietario.—231. Requisitos objetivos de la autoridad de las sentencias aplicables al usufructo.—232. Continuación.

221. El usufructuario tiene derecho a disfrutar como disfrutaría el propietario (artículo 477); por lo tanto, lo que primeramente necesita es que se le coloque respecto a los bienes usufructuados en una relación tal, que se le asegure la posibilidad de actuar y de ejercitar sobre ellos y por medio de ellos su actividad propia. Sean cualesquiera los bienes sobre que recaiga el usufructo, a esta relación le cuadra bien el nombre y el concepto de posesión, que por un desenvolvimiento análogo al del concepto de propiedad ha venido a asumir carácter general, dejando de ser privativo de las cosas

susceptibles de detentación material, para extenderse a todos los derechos patrimoniales, a fin de distinguir entre su pertenencia jurídica y el hecho de su ejercicio (1). Con esta ampliación de concepto y de nombre no se prejuzga la cuestión de atribuír al hecho de la posesión efectos jurídicos propios, cuestión que no puede ser resuelta sino atendiendo a la naturaleza de los distintos objetos sobre que recae la posesión. No queremos estudiar ahora la posesión como principio y fundamento de una especial protección jurídica, sino como primera manifestación de la protección concedida al usufructuario, y en este respecto no hay distinción sustancial entre la pretensión que pueda formular el usufructuario de un fundo pidiendo la tradición, y la del usufructuario de un crédito que solicita ser colocado en situación de ejercitar sus derechos directamente contra el deudor.

El derecho a la posesión constituye un elemento esencial del usufructo, aun cuando esté subordinado a las obligaciones de inventario y caución (si no media dispensa de ellas). De no hacerlo así, el derecho del usufructuario queda modificado sustancialmente; pero en todo tiempo puede formalizar inventario y prestar caución, readquiriendo el derecho a la posesión en cuanto se supriman con ello esas modificaciones. Unicamente como castigo a los abusos cometidos, y como medio de evitar su repetición, puede privarse de la posesión al usufructuario (apartado I del art. 516) (a); pero semejante modificación del contenido del usufructo no puede ser jamás dispuesta preventiva y definitivamente en el título constitutivo, porque privando total o parcialmente al usufructuario del derecho a poseer, se le colocaría en una situación de dependencia respecto a la persona a quien se atribuyera la tal posesión, y quedaría el usufructo despojado casi por completo (2) de su carácter real, y redu-

(1) Y no sólo a los derechos patrimoniales: la idea de posesión es más amplia que la de propiedad: cabe una posesión de estado, una posesión de derechos de familia. V. A. Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti* (Turín, 1878, 1879); Brini, *Possesso delle cose e possesso dei diritti* (en los *Studi storici e giur. per l' VIII cent. dell' università di Bologna);* pero esa más amplia extensión no juega en el presente estudio.

(a) [Cfr. art. 520 Cód. esp.]

(2) No por completo, ya que el mismo usufructuario, que no tiene derecho a la posesión, conserva—como queda dicho, y según veremos mejor en el próximo capítulo—la propiedad de los frutos separados de los bienes; pero la reivindicación de los frutos, cosas muebles en el momento de ser separados, puede siempre frustrarse si el poseedor los vende; por eso no tiene vida indepen-

sidera un derecho eficaz tan sólo frente al poseedor, el cual estaría obligado a administrar en interés del usufructuario y a entregarle las utilidades obtenidas de los bienes.

Una disposición de esta naturaleza entraña una contradicción intrínseca, que pide ser resuelta de modo distinto según se trate de un usufructo constituído por acto *inter vivos* o por acto de última voluntad. Subordinar el derecho de usufructo al requisito de que no posea los bienes el usufructuario, es imponer una condición jurídicamente imposible, que en el primer caso invalida la constitución misma del usufructo, transformándolo en una renta vitalicia, y que en el caso segundo, y a tenor del principio contenido en el artículo 849 (a), queda sin efecto. Dentro de los límites que se le asignan para asegurar y mantener incólume el derecho de propiedad, el de usufructo no es menos independiente ni menos absoluto que éste; y privar al usufructuario de la posesión y de la facultad consiguiente de administrar los bienes (ya disfrutándolos inmediatamente o concediendo su disfrute a otro), resulta incompatible con el usufructo, como lo es con la propiedad. La confirmación de este aserto nos la dan las limitaciones severas impuestas a la eficacia del mandato *post mortem* y las reglas que prohiben de un modo absoluto asignar a los albaceas testamentarios, con preferencia sobre los herederos y legatarios, la posesión de los bienes inmuebles de la herencia, y por más de un año la de los bienes muebles (art. 906). Y es evidentísimo que aquellas facultades que la ley prohibe otorgar al albacea no pueden asignarse, en perjuicio del heredero, a un tercero, cambiándole el nombre por el de administrador; como tampoco pueden atribuírse al heredero, en perjuicio del legatario, sin ir con ello contra la voluntad expresada en el legado (1).

Unicamente cuando el legatario sea un menor, admite la ley expresamente (art. 247) que se constituya un derecho de administración por separado, y, de consiguiente, se confiera aquélla a un cu-

---

diente del derecho personal o de obligación que exista contra éste, salvo siempre la acción directa que cabe ejercitar contra el que sustrajo dichos frutos.

(a) [Art. 792 del Cód. esp.]

(1) En este sentido se pronunció el T. de Cas. de Roma en 24 marzo 1876 (*Foro*, 1876, 1, 590, extr. de AURITI). V. la nota que, de conformidad con el fallo, puso a éste DE CRESCENZIO (*ibid.*). En sentido opuesto, el T. de Apel. de Génova (5 junio 1871, *Giur. it.*, 1871, 2, 439) ha declarado que el usufructuario no puede pretender la administración del fundo cuando el testador hubo de encomendarla a otras personas.

rador especial (a); pero en ello no ha de verse una desviación del principio fundamental, ni creer que la posesión se separa de la propiedad o del usufructo; lo que se hace es sustituír en una forma particular la representación legal del menor, mientras la minoridad dura y por lo que se refiere a los bienes objeto de la liberalidad. De todos modos, la demanda de posesión por el menor usufructuario ha de proponerse y ejercitarse en su nombre por persona capaz de actuar ante los tribunales; el nombramiento de curador especial, reconocido por el artículo 247, no significa más que atribuír a persona distinta de los padres o del tutor la facultad de obrar y poseer por el menor (1).

(a) [El art. 162 del Cód. esp. admite que pueda ser sustraída al padre o madre, y encomendada a otra persona, la administración de los bienes o rentas donados o legados para los gastos de educación e instrucción del menor. El T. S. ha generalizado la doctrina, aplicándola a toda clase de bienes, al afirmar que ni el Código ni la legislación de Cataluña prohiben al testador legar bienes a menores, con la condición de que no los administren los padres, sino otras personas (S.ª de 11 mayo 1904).]

(1) Por lo demás, hay razones para dudar en cuanto a la función especial de ese curador nombrado testamentariamente al menor, pues cabe discutir si se le inviste de la representación de éste, o si se trata de una simple misión de vigilancia respecto a la administración de los bienes, conservando la representación del menor, y la posesión por tanto, el padre, o el tutor en su caso, de modo que la intervención del curador no fuese necesaria sino para dar eficacia a los actos jurídicos que en orden a los expresados bienes realicen en interés del menor sus naturales representantes. En favor de la tesis de la representación por el curador se pronuncian las siguientes sentencias: Cas. de Turín, 15 julio 1887 (*Foro*, 1887, 1, 945); Cas. de Florencia, 24 marzo 1890 (*Foro*, 1890, 1, 766); también MARUCCHI, en *Legge*, 1890, 2, 27. El T. de Apel. de Casale, en cambio, declaró en 20 octubre 1886 (*Foro*, 1887, 1, 165), que el curador no tenía otra facultad que la de efectuar los actos de mera administración, lo cual no excluiría la posibilidad de que en tales actos ostentase la representación del menor. No es exacto lo que en la sentencia antes citada viene a afirmar el T. de Cas. de Turín, a saber, que, de no reconocerse la representación del curador, carecería totalmente de finalidad el nombramiento de éste; precisamente en la mera administración es donde el padre y el tutor tienen plena libertad de movimientos, y pueden, por consiguiente, causar lesión a los intereses del menor, al revés de lo que ocurre cuando se trata de actos de disposición, respecto a los cuales ha previsto ya la ley todo un sistema de fiscalización. Cfr. las restantes decisiones mencionadas en nota del *Foro*, 1887, 1, 165.—El apoyo que la doctrina predominante halla en el Derecho romano, de donde proviene nuestro artículo 247, no es del todo seguro, porque, de una parte, la Novela 117 da al nombramiento de administrador (y lo admite incluso para el caso de donación)

[illegible] mayor razón hemos de negar que pueda ser privado del usufructo el titular de este derecho cuando es la ley quien lo concede. Hay sentencia, sin embargo, que ha pretendido deducir precisamente del artículo 247 (el cual no niega eficacia al nombramiento de curador especial para los bienes que constituyen la legítima del menor) la consecuencia de que este nombramiento viene a privar de la posesión al padre usufructuario, poniendo a tal efecto de relieve la diferencia que existe con el art. 229, según el cual, y no obstante la voluntad en contrario del testador, se reserva a los padres el usufructo de estos bienes (1). Este razonamiento es completamente erróneo. Aun cuando pueda privarse al padre de la administración de la legítima (2), únicamente quedará sujeta a la curatela la nuda propiedad, no el usufructo que se reserva directa e in-

---

un alcance más amplio, imponiendo la no intervención del padre aun en caso de que muera o cese por cualquier causa la persona designada; y de otra parte, sabido es que el concepto de la representación no era conocido en Roma. Aparte de las razones apuntadas, hay otras que explican las dudas surgidas; así, p. ej., el haber casos en que la función del curador no lleva nunca consigo representación alguna, y la incongruencia que supone constituir un Consejo de familia habiendo patria potestad, pues la autorización del Consejo sería necesaria para habilitar al curador y permitirle la ejecución de actos que excedieran de la simple administración de los bienes.

(1) Apel. Génova, 4 noviembre 1874 (*Giur. tor.*, 1875, 334); Apel. Florencia, 4 junio 1881 (*Annali*, 1881, 256).

(2) Lo he aceptado así, de acuerdo con la teoría en boga, en el t. I, p. 470, n. 4. Tengo, de todos modos, algunas dudas acerca de este extremo y de la interpretación del art. 247 sobre el particular. El T. de Cas. de Florencia, 17 abril 1882 (*Foro*, 1882, 1, 796) estima que el art. 247 no es aplicable a la legítima más que cuando se trata de una institución que no se circunscribe a la porción legitimaria misma, sino que la rebasa, porque «de lo contrario, no existiría la cualidad típica de sustancia transmitida por institución del testador»; pero en cuanto a la parte de la disposición de última voluntad que se refiere a la verdadera legítima, no hay en ningún caso transmisión que pueda calificarse de «voluntaria». Los inconvenientes que lleva consigo la doble gestión de los bienes y la separación de las facultades sobre ellos, cosas ineludibles si se quiere que el padre conserve la administración de la legítima, no se evitan con la doctrina del T. de Cas. de Florencia, pues aunque atribuye al curador la administración de la nuda propiedad de la legítima, reserva al padre la administración del usufructo de ella, y por tanto, la posesión de los objetos que la constituyen. WINIWAERTER (*Comment. del Cod. civ. austr.*, ad § 197, que concuerda con nuestro art. 247) observa que la designación de curador no puede tener efecto respecto a la legítima, que debe dejarse al heredero enteramente libre y

condicionalmente al padre por ministerio de la ley; frente al padre usufructuario, el curador representará y defenderá los intereses de la propiedad, pero sin privarle de la administración ni de la posesión de los bienes que constituyen elemento esencial del usufructo (1).

En virtud de su derecho real, está facultado el usufructuario para pretender y defender la posesión de los bienes contra todos; no puede señalarse una regla general respecto a los requisitos y los medios que ha de emplear, porque habrá que tener en cuenta la diversidad de bienes objeto del derecho de usufructo; pero sí puede determinarse en general la relación entre la defensa judicial concedida al derecho de usufructo y la defensa del derecho de propiedad.

222. Los medios judiciales con que el usufructuario trata de obtener o conservar la posesión, dependen en cierto modo de los medios empleados para igual fin por la persona de quien trae su derecho; existe entre unos y otros la relación misma que media entre las acciones y excepciones del sucesor a título singular y las de la persona de quien trae causa. Claro que el usufructuario pretende obtener de la autoridad pública un poder distinto del que tenía su causante, mientras que el sucesor en la propiedad de un fundo o de un crédito aspira a la misma cantidad y calidad de protección que pedía o podía pedir el suyo; pero el reconocimiento del derecho del usufructuario, como el reconocimiento del derecho del sucesor, están subordinados al reconocimiento del derecho del causante respectivo, que constituye el presupuesto implícito, pero necesario, de aquél.

Ahora bien; condición imprescindible de toda ordenación jurídica es la posibilidad de encontrar en las sentencias de los Tribunales el medio de acabar para siempre con las discusiones y de fijar definitivamente los derechos; dejar expuesto el derecho, aun después de reconocido, a que se renueven indefinidamente las disputas, obligando a permanecer alerta luego de vencer o de haber rechazado un ataque, y sólo así poder asegurar su subsistencia, equivale a privarlo de protección. Por eso, en tanto que únicamente a las sentencias condenatorias está conferida autoridad para reintegrar mediante la

exenta de toda carga o condición, pues la constitución de una administración especial vendría a modificar la posición legal del heredero menor de edad.

(1) En tal sentido, el T. de Cas. de Florencia en el fallo que se cita en la nota precedente; Apel. Florencia, 5 agosto 1879 (*Monit. giud. Ven.*, 1879, 504); Apel. Milán, 20 diciembre 1880 (*Giurispr. it.*, 1881, 119).

... del derecho infringido, todas las sentencias reciben de la ley autoridad para impedir que el derecho reconocido en ellas pueda ser impugnado nuevamente y eficacia para que se confirme el derecho ya declarado sin necesidad de volver a probarlo en cualquier momento en que vuelva a atacarse (1).

---

(1) Estas dos funciones de la sentencia, que trascienden de su ejecutoriedad, y que no son menos esenciales que ella, se designan apropiadamente con los nombres de función negativa y función positiva del fallo. No será necesario advertir que esta distinción no responde a la diferencia que hay entre dos funciones de la sentencia: la función que en el Derecho romano tenía la excepción de litis discutida (y que en su origen tiene también la excepción de cosa juzgada) de impedir un nuevo proceso sobre el asunto debatido ya; y la función que, al menos para la mayoría de los autores, tiene hoy la mencionada excepción de cosa juzgada, cuya eficacia consiste en impedir una nueva sentencia que esté en contradicción con el resultado del fallo anterior. Suele hablarse también en este caso, aunque no con mucho acierto, de función negativa y positiva, no del fallo, sino de la excepción de cosa juzgada; pero se olvida que, en realidad, la excepción no puede tener sino una finalidad: impedir que la acción prospere. Es un error—siquiera haya incurrido en él el mismo SAVIGNY (*System*, t. VI, p. 271)—atribuír a la excepción una verdadera y propia función positiva, y estimar que en su virtud puede el juez verse obligado a admitir el fallo primitivo como fundamento del que va a dictar. Por lo demás, no se sabe con certeza cómo se aseguraba en Derecho romano la verdadera función positiva de la sentencia (cfr. WINDSCHEID, *d. Actio*, § 11 *i. f.)*; y muchos entienden que no se aseguraba de ninguna manera, y que una sentencia favorable podía servir de base para la defensa, pero no para renovar la pretensión; tesis en apoyo de la cual cabe aducir, a mi juicio, la autoridad de PAP., 3, § 1 D. *de pign.* XX, 1: *ergo summovebitur rei judicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit.*—V. DERNBURG, *Preuss. Privatr.*, t. I, § 136 ad n. 11, § 137 ad n. 20; KRÜGER, *Process. Consumt. u. Rechtskraft d. Urth.* (Leipzig, 1864), § 24. En el Derecho vigente se garantiza esta función de la sentencia atribuyéndole el valor de una prueba indirecta, que excluye la prueba contraria. Según los *Motive* del Proy. de Cód. civ. alem. (t. I, p. 375), el fallo no es un medio de prueba, pero hace superflua la prueba misma. Aun con arreglo a esta segunda construcción, las partes pueden ponerse de acuerdo para sustraerse a la autoridad de la cosa juzgada y reanudar la discusión; opinión que es común entre los escritores de Derecho romano (siquiera la haya impugnado recientemente BÜLOW, *Absolute Rechtskraft d. Urth.*, en el *Arch. f. civ. Prax.*, t. 83, f. 1), lo mismo que entre los de Derecho francés e italiano. V. en tal sentido los fallos siguientes: Apel. Venecia, 3 marzo 1881 *(Giur. it.*, 1882, 2, 13); Cas. de Turín, 20 agosto 1881 *(eod.*, 1881, 319); Cas. de Florencia, 1.° junio 1882 *(Annali*, 1882, 290); Cas. de Nápoles, 12 junio 1883 *(Gazz. proc.*, XVIII, 413); Cas. de Roma, 4 julio 1883 *(Annali*, 1884, 133),

Para obtener procesalmente la definición de los derechos privados, no es necesario ni sería compatible con la iniciativa y prosecución por los particulares de la defensa de ellos, ni con la actitud pasiva de los poderes públicos llamados a decidir según los resultados de la contienda, no se requiere, repito, atribuír a la sentencia una autoridad absoluta y obligar a sujetarse a ella a los que no hayan sido parte en la lucha; pero por otro lado, para dar seguridad al derecho reconocido, no basta otorgar a la sentencia efectos limitados a las partes que intervinieran en el proceso, bien personalmente, o bien por medio de sus representantes, porque limitada así la eficacia, bastaría transmitir el derecho para hacer posible la reanudación de la ya resuelta controversia. Comúnmente suele afirmarse que quien sucede en un derecho que ha sido objeto de contienda judicial, y también quien deriva de aquél un derecho distinto, estuvieron representados en el proceso por su causante. Con ello no se justifica, sino que únicamente se expresa la extensión de los efectos de la sentencia a aquellas personas que derivan su derecho de aquél contra quien se pronunció; pero incluso se expresa de un modo impropio, porque para estar representado por otro en un cierto momento, es decir, para ser considerado como si estuviera presente merced a su actuación, es necesario que un hecho jurídico anterior coloque en semejante relación al representado con el representante. No deja de producir sus consecuencias esta inexacta construcción; porque si se cree poder prescindir del tiempo en que se establece la relación entre representante y representado, y se deduce la constitución de este vínculo del mero hecho de la sucesión o de la derivación del derecho, no es fácil señalar por qué no se da el efecto de la representación cuando la sucesión o la adquisición derivativa se realiza con anterioridad a la sentencia, y por qué en este caso no ha de extenderse también al adquirente el efecto de la sentencia pronunciada respecto a su causante (1).

---

y Apel. de Casale, 10 junio 1890 *(Giur. Cas.*, 1890, 339). Admiten, en cambio, la necesidad de tener en cuenta de oficio la cosa juzgada ya en un incidente del mismo proceso, un fallo del T. de Apel. de Trani (23 febrero 1877, *Riv. giur. Tr.*, 1877, 310) y la sentencia del T. de Cas. de Florencia de 19 marzo 1877 *(Annali*, 1877, 251).

(1) De otra parte, no han faltado escritores que sin detenerse ante e absurdo de esta deducción, hayan desdeñado la grave consecuencia que entraña, a saber, dejar el derecho transmitido sujeto a la buena o mala voluntad del transmitente. De entre ellos, el más terminante es RICCI *(Delle prove*, n. 349), que con un razonamiento bastante singular llega a encontrar fundada en la ce-

Ni tampoco puede hallarse un fundamento a la eficacia de las sentencias respecto a los causahabientes en el principio de que nadie puede transmitir a otro más cantidad de derecho que el que posea (1). Primero, porque semejante principio está modificado sustancialmente en el Derecho actual, para facilitar y asegurar la circulación de la riqueza siempre que exista buena fe probada o presunta, y en muchísimos casos basta la apariencia del derecho o de la irrevocabilidad del derecho del transmitente, para dar la realidad de un derecho irrevocable al que lo recibe (artículos 707, 933, 1.933) (a); además, porque de todas suertes son cosas distintas, el corresponderle a uno, según la sentencia, una cierta cantidad de derecho, y el estar obligado a acatar la autoridad de la sentencia que lo declaró; aun en el caso de reanudarse por completo la litis en que son parte el sucesor o el usufructuario, no quedaría con ello infringido el principio de que nadie puede transmitir un derecho de que carece, sino que únicamente se vendría a dar como no afirmado respecto al sucesor o al usufructuario el hecho de que el autor careciera del derecho discutido. Y la contradicción posible entre dos sentencias, una de las cuales conceda al primero, y la otra niegue al segundo la pertenencia de un derecho, es consecuencia inevitable de la relatividad de la cosa juzgada, siendo fácil que ocurra, aun cuando la consecuencia lógica de la una sea que el derecho corresponda también al segundo, y la de la otra, que el derecho no corresponda al primero; tal sucede, por ejemplo, con las sentencias pronunciadas respecto a diversos herederos con relación a un derecho transmitido por el común causante; o también entre las sentencias pronunciadas, respecto al causante y al sucesor singular, cuando la sucesión haya ocurrido con anterioridad.

---

sión de intereses la transmisión de representación del cesionario al cedente. Análogo es el criterio de PONCET (*Proc. civ.*, n. 401, citado por CHAUVEAU ap. CARRÉ, *Lois de la proc. civ.*, q. 1.710, *ter.*), según el cual la solución, por peregrino que ello parezca, puede variar a tenor de las circunstancias del caso. Muy diferente valor tiene la doctrina que atribuye a la sentencia una eficacia capaz de afectar incluso al adquirente anterior cuando no haya transcrito su título: AUBRY y RAU, § 769, n. 22, y LAURENT, t. XX, n. 98. En contra, GALLUPPI, *Opposizione di terzo* (Turín, 1895), nn. 175 y ss., que aplica *a fortiori* las consideraciones que más adelante expondremos (n. 224), respecto al caso de una persona que no haya transcrito y que adquirió estando en tramitación el pleito.

(1) Así, v. gr., LAURENT, t. XX, n. 97.

(a) [Cfr. arts. 464, párr. 1.°, del Cód. civil, y arts. 34, 36 y 38 de la ley Hipotecaria.]

223. Más bien ha de entenderse que la resolución recaída en la litis sostenida por el causante, puede constituír entre él y su contendiente una nueva relación jurídica, cuyo contenido sea la obligación personal de cumplir el fallo mismo; relación que no sustituye al vínculo preexistente confirmado por el fallo, sino que viene como a agregarse a él. Acaece lo que suele denominarse una novación cumulativa; a la sentencia sobrevive el vínculo entre deudor y acreedor, entre poseedor ilegítimo y propietario sin posesión, pero las partes contendientes se encuentran unidas además por un nuevo vínculo, pues cada una de ellas tiene derecho a alegar contra la otra el contenido de la sentencia, no porque este contenido coincida con el vínculo preexistente, sino porque la sentencia representa un mandato que les impone la autoridad social. Y el derecho y el deber resultantes de este vínculo, se transmiten a los que suceden en el derecho sobre que recayó la sentencia, o a quien adquiere a base de ésta un nuevo derecho.

En el Código no hay precepto alguno a que poder referir expresamente esta ampliación del vínculo obligatorio nacido con fuerza de ley mediante la sentencia, ni la posibilidad y necesidad de su transmisión a otro sujeto activo o pasivo (a); únicamente por razón de analogía se encuentra algo en el artículo 1.373 (b), que da eficacia al juramento en beneficio o en perjuicio de los causahabientes de quien lo prestó; con lo cual se reconoce dicha extensión por lo que respecta al vínculo obligatorio contractual que más se aproxima al vínculo nacido de la sentencia.

No hay en cambio necesidad de recurrir al artículo 1.127 (c), que se ocupa de la eficacia de las obligaciones contractuales respecto a los causahabientes de los contratantes, ni cabe inducir de él un principio general aplicable a todas las obligaciones; primero, porque de todos modos, tal extensión del vínculo obligatorio se establece únicamente como posible, no como necesaria, y, sin embargo, no

(a) [Por el contrario, el Código español reconoce expresamente la extensión del efecto de la cosa juzgada a los causahabientes de quienes fueron parte en el proceso, pues el art. 1.252, párr. 3.°, dice que «se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior».]

(b) [Cfr. art. 1.238, Cód. esp.]

(c) [Se corresponde con el art. 1.257, párr. 1.° del Cód. esp., pero éste sólo extiende los efectos del contrato a los herederos, o lo que es lo mismo, a los sucesores a título universal, sin referirse a los causahabientes a título singular.]

puede quedar sujeta a la voluntad de los contrayentes; después, y sobre todo, porque este artículo no da más que una regla para interpretar la extensión que los contratantes reconocen entre sí al vínculo que les liga, y no para fijar su alcance respecto a los herederos y causahabientes; alcance que se regula por las diversas normas de la sucesión a título universal o singular, y de la adquisición derivativa (1). Contratando para sí y al propio tiempo para los herederos y causahabientes, se facultan recíprocamente los contratantes para que los sustituyan estos últimos en el derecho nacido del contrato, y también para transmitir las obligaciones sin eludir naturalmente las responsabilidades que hayan podido contraer, es decir, no sustituyéndose en ellas por el causahabiente, sino sumándose a él para el cumplimiento de la misma obligación. En la sucesión a título universal, la ley impone la transmisión tanto en los derechos como en las obligaciones; en la transmisión a título singular, y en cualquiera otra adquisición a título derivativo, lo normal es que vaya comprendida la transmisión de los derechos adquiridos por el causante; pero, en cambio, sólo comprende la sucesión en las obligaciones que haya aquél asumido siempre que exista una declaración expresa, o sean inherentes a la cosa o al derecho que de él recibe (2).

---

(1) V. en tal sentido una sagaz nota de BOGGIO en el *Foro*, 1890, 1, 447.

(2) Dar un valor distinto a la regla del art. 1.127 conduciría a confundir los derechos de obligación con los derechos reales, y a consentir que el arbitrio individual imperase del modo más absoluto sobre las modificaciones que hubieran de sufrir las relaciones establecidas entre el hombre y los bienes externos. La obligación que se asume contractualmente, puede ofrecer el mismo contenido que la obligación correlativa a un derecho real; y si la transmisión de ella al sucesor a título singular pudiera ser una consecuencia necesaria (o siquiera normal) de su asunción, llegaríamos a constituír contractualmente un derecho de contenido arbitrario, y que sería eficaz, ya que no en concepto de derecho real, y por consiguiente *erga omnes*, al menos con respecto a todos los sucesores y adquirentes a título derivativo, que se diferenciaría del derecho real únicamente en no ser válido con relación a los que adquirieron por título originario. Y la apuntada interpretación del art. 1.127 tampoco resulta compatible con la distinción fundamental entre derechos reales y de obligación por virtud de aquellas reglas que garantizan el derecho sobre los bienes muebles al adquirente de buena fe, ni por aquellas otras que subordinan al requisito de la transcripción la eficacia de los actos con que se constituyen y transmiten los derechos sobre bienes raíces (poniendo con ello una exigencia más para la validez *real* de las obligaciones contractuales), ya que—de admitir tal interpretación—, precisamente aquellos actos cuya transcripción no se exige serían de por sí, y sin más requisitos de ningún género, eficaces con respecto a los causahabientes de

Esto no obstante, hay que reconocer la eficacia de las sentencias con respecto al causahabiente, no ya sólo por razones de analogía,

---

los contratantes, y servirían para crear caprichosamente nuevos tipos de derechos reales o cuasi-reales. Así, p. ej., y utilizando una hipótesis que ya hemos discutido con toda amplitud (v. el t. I, nn. 50 y ss.), el contrato en que el propietario de una finca se obligue a consentir que pase por ella una persona determinada (y lo mismo cabe decir de otro uso concreto cualquiera), daría origen a un derecho ejercitable contra el adquirente, y, sin embargo, no hay medio de incluír tal contrato en la categoría de los derechos de uso, ni cabría por tanto que se exigiera su transcripción. Otro tanto ocurriría con la obligación de entregar una parte de los frutos que produzca el fundo; también serviría de base a un gravamen de naturaleza real. La transmisión de pleno derecho a los sucesores singulares, lo mismo cuando se trata de derechos adquiridos contractualmente, que cuando se trata de obligaciones cuya ejecución exige que se posea el predio, es tesis que defiende con gran extensión TOULLIER, t. VI, nn. 397-462, especialmente nn. 423 y 435. DEMOLOMBE *(Contrats*, t. I, nn. 276-285) reproduce en sustancia dicha doctrina, aunque empeorando su formulación. La mayor parte de los escritores franceses, fundándose en el art. 1.222, que—a diferencia de nuestro 1.127—extiende a los causahabientes el efecto de las estipulaciones, y no de los contratos en general, estiman que se transmiten los derechos, pero no las obligaciones contractuales.—V., por no citar más, AUBRY y RAU, § 176, notas 1 y 2; LAURENT, t. XVI, n. 14.—Entre nosotros, GIORGI *(Obbligazioni*, t. IV, n. 269 y t. VI, n. 302) admite la transmisión, lo mismo de los derechos que de las obligaciones convencionales referentes a una cosa, y el paso de unos y otras a los causahabientes por título singular; pero no se preocupa de coordinar este criterio con las reglas sobre transcripción ni advertir su importancia. Estas doctrinas inciden en el error común de confundir la *posibilidad de la transmisión* del vínculo obligatorio (posibilidad que existe desde el *momento mismo en que se formó)* con la *transmisión efectiva*, que depende del *momento de la sucesión;* y todas ellas pretenden entroncar, sin razón bastante, con dos teorías del Derecho romano, a saber, las de la *actiones in rem scriptæ* y la relativa a la distinción de los pactos en *pacta in rem* e *in personam*. Las *actiones in rem scriptæ*, de que es prototipo la *actio quod metus causa*, sirven para la efectividad de obligaciones no nacidas de contrato; no hay ningún caso en que se admita la eficacia del derecho adquirido mediante un contrato, cuando se trata de ejercitarlo con respecto a la persona que ha sucedido al contratante en la potestad sobre la cosa. Cfr. SCHMIDT VON ILMENAU, *Civil. Abhandl. ueber d. Natur d. sogennanten in rem scriptæ actiones*, I, página 49 (Jena, 1841). Alguna mayor afinidad tiene, en apariencia, la eficacia real atribuída a los pactos: ULPIANO, 7, § 8; PAULO, 17, § 5; FLOR., 57, § 1, D. *de pact.*, II, 14; PAULO, 14, § 3, D. *Comm. div.*, X, 3; POMP., 8, § 4, D. *de pign. act.*, XIII; ULPIANO, 16, § 1, D. *pro soc.*, XVII, 2. Pero también según la opinión dominante entre los romanistas, que atribuye a *pacta* y *contractus*

sino porque de lo contrario no podría conseguirse el fin que persigue el reconocimiento de esa autoridad a la sentencia, y porque

---

un mismo *substrato*, un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos obligatorios, viendo en los primeros unos acuerdos a que el primitivo Derecho negaba fuerza de obligar, y que al correr de los tiempos fueron a veces provistos de una acción para su ejercicio, es arbitrario e ilícito inducir de las características particulares de los pactos, los rasgos generales de todos los contratos creadores de obligación, y reconocer a éstos la posibilidad de producir efectos reales. La creación de los derechos reales se mantiene en Derecho romano separada tajantemente de los meros contratos productores de obligación personal, y se subordina a requisitos de fondo y de forma que son distintos por completo. Por lo demás, a un concepto general de contrato, que saliera de la órbita de constitución de derechos personales o de su modificación, no llegaron nunca los jurisconsultos de Roma. Cfr. PERNICE, *z. Vertragslehre d. röm. Jurist.* en la *Zeitschr. f. Savigny-Stiftung*, t. IX, ps. 200 y ss. Pues bien; a pesar de todo, aquella opinión estima que la eficacia real de los *pacta* (puesta de relieve en otro lugar por el propio PERNICE, aunque insuficientemente explicada; v. su obra *Labeo*, t. I, p. 483) es un fenómeno especial, del que resulta difícil darse cuenta. La explicación brota clara y segura de la teoría que sobre la naturaleza y función de los pactos ha expuesto MANENTI (*Contrib. crit. alla teoria gener. dei pacta*, Siena, 1892). La *pactio* no es más que la renuncia a un derecho de acción, y sirve en principio para evitar el pleito y la condena, empleándose más tarde para que los sujetos de una relación jurídica obligatoria puedan modificar su alcance, restringiendo o eliminando la acción que del contrato nacía. Ahora bien; es natural que la renuncia a una *actio in rem* pueda tener una eficacia absoluta, aunque se haga mediante convenio con una persona determinada; y que la tenga en todos los casos, salvo cuando expresamente se haya establecido que sólo valdrá con respecto a un cierto individuo. El carácter real del *pactum de non petendo* viene a constituír, por tanto, la contrafigura perfecta de la eficacia que para el sucesor a título singular tiene una sentencia dictada contra su causante. En el Derecho vigente, es necesario transcribir la renuncia cuando recae sobre un derecho real y se quiere que alcance una eficacia absoluta. Unicamente podría caber duda en un solo caso respecto a la extensión de los efectos de la renuncia; me refiero al pacto de mantener la proindivisión de los bienes durante un plazo concreto, lo cual implica una renuncia al derecho de pedir la división; y la vacilación surge porque no hay precepto que exija la transcripción de este pacto. Por lo común se afirma, apoyándose en el Derecho romano, que dicho acuerdo obliga a quien adquiera una parte alícuota de la cosa (DEMOLOMBE, *Successions*, t. III, n. 510). Este argumento de autoridad no prueba nada, porque si el pacto entraña la constitución de un derecho real y ha de conseguir su eficacia absoluta sin transcripción previa (V. el t. I, n. 171), en el Derecho vigente no hay posibilidad de que sin tal requisito tenga validez *erga omnes* una relación de mera obligación personal. Y cuando no está

además es tradición ininterrumpida del Derecho común esta ampliación de efectos (1).

224. La doctrina la admite, casi unánimemente, cuando la transmisión o la adquisición del derecho es posterior a la sentencia (2) y

---

preceptuada la transcripción, tampoco cabe admitir que voluntariamente se utilice este medio para ampliar la eficacia de la relación. Por eso estimo que, deduciendo con rigor lógico, no debe atribuirse eficacia real al pacto de no dividir; cosa que, desde otro punto de vista, no me parece tampoco opuesta a la tendencia del Código, contraria por completo al mantenimiento de la comunidad.— En el Proyecto de Cód. civ. alem., el pacto de proindivisión puede revestir el carácter de carga real que gravite sobre las cuotas de los comuneros; naturalmente, para que asuma ese carácter, es indispensable proceder a la intabulación, §§ 949 y 828 (a).

(a) [§ 1.010 del vigente Cód. alem.]

(1) Los intérpretes del Derecho común reconocen que, de todos modos, tal extensión no va implícita en el precepto legal que da fuerza obligatoria a la sentencia respecto a las partes litigantes; siquiera ellos hagan referencia con este motivo a una norma especial de Derecho.

(2) COVIELLO sostiene la opinión contraria en su estudio *La sentenza di rivendica rispetto al terzo* (*Ann. crit.*, t. III, p. 489), pues infiere del art. 439 del Cód. civ. la necesidad de que el reivindicante entable contra el nuevo poseedor un segundo pleito *ex integro*, cuando no se conforme con el resarcimiento que en virtud del fallo anteriormente recaído le pague el entonces demandado. Esta argumentación es fantástica por completo; si bien la acción contra quien ha dejado de poseer la cosa, después de iniciado el pleito, y por su propia voluntad, no puede conducir sino a una indemnización en metálico (v. WINDSCHEID, § 193, nn. 7-10), el propio art. 439 reserva expresamente, y en concurrencia con ella, la posibilidad de entablar la reivindicación contra el nuevo adquirente; y la segunda acción es verdaderamente independiente de la primera cuando ésta no se llevó hasta el final o cuando hubo de transformarse en una acción de resarcimiento de daños durante la tramitación del proceso. Ahora bien, si durante la posesión efectiva del primitivo dueño recayó contra él un fallo, el art. 439 no impide, ni puede impedir, que dicha sentencia constituya la base de la nueva demanda que se formule contra el actual poseedor. Aparte de que la sentencia dictada no tendría la fuerza que tiene el fallo ejecutado, y solamente el estado de hecho creado por la ejecución del fallo sería el que ejerciera influjo sobre las relaciones jurídicas, la sentencia no ejecutada—conviene una vez más insistir en ello—dejaría indefinidamente abierto el camino a una reproducción de la contienda, sin más impedimento que el derivado de la responsabilidad personal en que el condenado incurriera. No tiene mayor fuerza

la suele rechazar cuando es anterior a la litis. Discútese, por lo demás, si puede darse cuando la sucesión o la adquisición del derecho ocurre después de suscitada la contienda y antes de pronunciarse el fallo (1). La negativa se impone lógicamente al admitir aquella construcción según la cual la eficacia respecto al causa-

---

el argumento *a contrario* que COVIELLO deriva del art. 200 del Cód. procesal civil, porque en este caso lo que ocurre es que la eficacia del fallo recaído en el pleito que siguiera el fiador, se extiende contra el acreedor afianzado que hubo de adquirir antes de dictarse la sentencia: disposición excepcional cuya razón de ser está en que el acreedor garantido se aparta del asunto por su propia voluntad y después de haber sido emplazado. Lo propio cabe decir acerca del art. 2.015 del Cód. civ., respecto al cual debe verse la nota 2 de la p. 103. Las demás consideraciones de COVIELLO concuerdan con cuanto dejo dicho sobre la ausencia de una extensión implícita del fallo al causahabiente, y van en apoyo de cuanto voy a decir sobre la posibilidad de negar esa extensión en cuanto al causahabiente durante la tramitación del proceso. GALLUPPI (*Opposizione di terzo*, nn. 165 y ss.), combatiendo la opinión de COVIELLO, admite que la sentencia pronunciada contra el causante (incluso posterior) no tiene valor contra su causahabiente; pero entiende que en el nuevo pleito debe ser tenido en cuenta el fallo primitivo, no sólo como medio de prueba, sino como confirmación irrebatible del derecho. Respecto a este extremo, v. *infra* el n. 227.

(1) La doctrina no está unánime. En Francia predomina la solución negativa, que es la preconizada por TOULLIER, t. V, n. 189; LAROMBIERE, *Oblig.*, ad art. 1.351, nn. 105 y ss.; DEMOLOMBE, *Oblig.*, t. VII, n. 352; ARNTZ, *Dr. civ.*, t. III, n. 413; LAURENT, t. XX, nn. 97 y ss.; ALLARD, *Étud. sur la chose jugée* (París, 1873); DALLOZ, *Rép.*, voz *Chose jugée*, nn. 246 y 247; BONNIER, *Preuves*, t. II, n. 694; *Pandect. belg.*, voz *Ch. jugée*, n. 416, y voz *Ayants cause*, n. 73 bis; GARSONNET, *Procéd. civ.*, § 466, n. 8; y también por CAPERLE, en *Temi ven.*, 1891, p. 101; GALLUPPI, *op. cit.*, nn. 165 y ss., y COVIELLO, *op. cit.* Se pronuncian por la afirmativa: CHAUVEAU, en las notas a CARRÉ, *Lois de la procéd. civ.*, q. 1.710 ter.; PROUDHON, *Us.*, nn. 1.343 y ss.; DURANTON, t. XIII, nn. 506 y ss.; MARCADÉ, adart. 1.351, n. 11; COLMET DE SANTERRE, t. V, n. 328 bis; AUBRY y RAU, § 769; MATTIROLO, *Dir. giudiz.*, t. V, n. 57; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, t. V, n. 168, y VITTI, *Istituz. di dir. giudiz. civ.*, t. I, p. 74, aunque este último con algunas limitaciones, pues para que la sentencia sea aplicable al causahabiente exige que la enajenación sea posterior al momento en que la litis puede ser fallada (art. 335 del Cód. de Proc. civ.). En la jurisprudencia italiana prevalece la solución afirmativa; algunas sentencias declaran en forma genérica que el fallo no obliga sino a los adquirentes posteriores: Cas. Turín, 15 marzo 1881 (*Legge*, 1881, 2, 121); Apel. Catanzaro, 30 mayo 1890 (*Gravina*, 1890, 158); Apel. Roma, 31 marzo 1892 (*Temi rom.*, 1892, 273); pero las más de las veces se declara que el fallo obliga incluso a quienes adquirieron durante la tramitación del pleito: Cas. Turín, 10 fe-

habiente nace como transmisión de un vínculo obligatorio; porque antes de nacer éste, no es posible la transmisión, y el vínculo se forma o nace sólo cuando la sentencia se dicta y por razón de ella. En pro de esta solución pueden aducirse razones de utilidad y conveniencia; pero acaso sean más importantes las que se aducen en favor de la opinión contraria. Merece protección la buena fe del adquirente, que puede ignorar el pleito en que está mezclado su causante; y es aún de mayor gravedad el peligro a que está expuesto el que ejercita una acción real si una enajenación hecha por el demandado, cuando no se cita al adquirente a su debido tiempo para intervenir en la litis, le obliga a reproducir íntegramente el juicio; más difícil es que esté informado de la enajenación el actor, que no el adquirente de la existencia de la litis; y ese peligro no puede estimarse compensado con la probabilidad beneficiosa de reproducir la acción contra el adquirente cuando hubiera sido desestimada la que entabló contra su causante. Ahora bien; ya que no cualquiera que intente una acción real, es indudable que el reivindicante tiene asegurados parcialmente sus intereses con otra clase de medidas: el derecho a pedir el secuestro judicial de la cosa litigiosa (art. 1.875) (a) y la responsabilidad en que incurre el demandado que voluntariamente abandona la posesión de la cosa (artículo 439) (1); y de todas suertes, en razones de mera conveniencia y de utilidad no puede

brero 1875 *(Legge*, 1875, 1, 505) y 16 marzo 1886 *(ibid.*, 1886, 2, 376); Apel. Bolonia, 3 abril 1886 *(Riv. giur. Bol.*, 1886, 156); Cas. Florencia, 23 febrero 1891 *(Temi ven.*, 1891, 121), y Cas. Turín, 10 agosto 1892 *(Mon. trib. Mil.*, 1892, 931); v. *infra* la nota 1 de la p. 103.

(a) [Cfr. art. 1.785 del Cód. esp.]

(1) El secuestro no impide que se disponga de la cosa discutida, ni altera las relaciones jurídicas entre el reivindicante, el demandado y el causahabiente de éste: lo que hace es asegurar el efecto inmediato de la reivindicación, obligando a que asuma el papel de actor el causahabiente que quiera oponerse al reivindicante. Supongamos que yo reivindico el fundo poseído por Ticio, y que éste, durante la tramitación del pleito, constituye sobre aquél un usufructo a favor de Cayo; si yo no hago que éste intervenga en el proceso, no podré luego privarle de su posesión ejecutando una sentencia favorable obtenida contra Ticio; y si se hubiera decretado el secuestro, haré que, una vez triunfante la acción reivindicatoria, se me entregue el fundo, con lo cual resultaría que Cayo, en caso de querer ejercitar contra mí el derecho que le fué transmitido, no encontraría obstáculo en la sentencia recaída, pero tendría que convertirse en demandante, bien entablando un nuevo pleito, o bien oponiéndose como tercero a la sentencia que acogió mis pretensiones.

hallarse la clave para decidir la cuestión en uno u otro sentido. La interpretación de un precepto legal puede hacerse ampliando su significación literal cuando sin tal extensión haya imposibilidad de lograr el resultado que se pretendía; pero no puede ampliársele simplemente para hacerlo más apto a la consecución de aquel resultado y menos aún a fin de conseguir un resultado que sea accesorio de aquél. Esta apreciación de los fines de las normas jurídicas es función legislativa, no del intérprete (1).

Tampoco aquí hay necesidad de acudir a la autoridad del Derecho romano. Si para éste, según la opinión dominante al menos, quien adquiría un derecho con posterioridad a la iniciación de la litis quedaba obligado por la sentencia dictada más tarde respecto a su causante, tal principio se correspondía y era correlativo a la prohibición de enajenar las cosas litigiosas, contribuyendo a su sanción eficaz (2). El suprimir esta prohibición permite creer

---

(1) El Proyecto de Cód. civ. alem. (§ 192) afirma de modo explícito la eficacia de las sentencias con relación a las personas que adquirieron los bienes estando en tramitación el pleito *(nach Eintritt der Rechtshängigkeit)*. V. la nota 1 a la p. 105 de este tomo.

(2) Únicamente ULPIANO, 11, § 10 *de exc. r. j.*, XLIV, 2, reconoce con toda claridad que la excepción de cosa juzgada puede alegarse respecto a quien adquirió estando en tramitación el pleito *(si posteaquam petit pignori dedit)*. Cfr. también los §§ 3 y 9 de la misma ley.—PAULO, 25, § 8 D. *fam erc.*, X, 2; PAP., 3, § 1 D. *de pign.*, XX, 1; JUL., 9, § 2, y PAP., 28 y 29, § 1 D. *de exc. r. j.*, XLIV, 2, se refieren a una adquisición posterior a la sentencia; en el último de los pasajes citados se declara expresamente que *creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit.*—V., de todos modos, para la opinión defendida en el texto (y a pesar de la apuntada antinomia, que no he visto señalada por otros autores), VANGEROW, *Pand.*, § 173, VI, 2; BEKKER, *Processual. Consumt.*, § 16; WETZELL, *Civilprocess.*, § 47, n. 26; KLEINSCHROD, *üb. d. process. Consumt.* (Leipzig, 1885), § 17; WINDSCHEID (§ 132 n. 3), refiriéndose a los textos citados, observa que «se presupone, naturalmente, haber sido dictada la sentencia con anterioridad a la adquisición». V., sin embargo, al final de esta nota.—¿En qué momento del pleito debe haberse afectuado la adquisición para que el fallo pronunciado más tarde contra el causante pueda perjudicar a quien de él trae causa? WETZELL *(loc. cit.)* cree que después de la *litis contestatio:* pero en el Derecho justinianeo (Nov. 112, c. 1) la cosa adquiere carácter litigioso, con la subsiguiente dificultad para su transmisión, al plantearse la demanda, y en cambio el Derecho anterior fijaba como momento para ello el de la contestación (ULPIANO, 1, § 1 D. *de litig.*, XLIV, 6); en este sentido, WAECHTER, *Erörterungen aus d. Privatr.* (Stuttgart, 1846), f. III, p. 105.—Para aquellos escritores que consideran vicia-

que se ha querido privar de todo influjo sobre las relaciones de Derecho material al hecho de iniciar la litis; y habría necesidad de un precepto legal expreso para que el sucesor a título singular, y en general el que adquiere a título derivativo, pendiente la litis, quedaran sujetos a las obligaciones que puedan recaer sobre su causante por virtud de la sentencia, así como para que participen de los derechos que logre obtener con el fallo el dicho causante suyo.

Imposible hallar este precepto entre las normas de Derecho formal contenidas en la ley de Enjuiciamiento. Y de que existan taxativamente enumerados los casos en que es necesario reproducir la demanda, sólo puede inducirse que salvo en ellos, la parte contra quien se dirige la demanda y sus sucesores a título universal han de estar a las resultas del juicio; ciertamente que puede continuar la litis no obstante la enajenación hecha durante su tramitación; pero esto no quiere decir, ni incumbe decirlo a la ley rituaria, que la sentencia final deba producir los efectos que hubiera desde luego producido si con la enajenación no se hubiese modificado la relación objeto del pleito (1).

225. Dos distintas soluciones intermedias se han propuesto, que es preciso rechazar. Han querido algunos que la eficacia de la sentencia sobre el causahabiente no se produzca sino en caso de una adquisición que, aun siendo anterior al fallo, no se haya hecho

---

da de nulidad la enajenación de la cosa litigiosa, no es posible la sucesión en el pleito, ni la aplicación al causahabiente de los fallos dictados contra el causante, más que en los casos que excepcionalmente consienten la enajenación, y en que la adquisición no se refiere a la misma cosa litigiosa, sino que deriva de ella como consecuencia necesaria la sucesión en la relación jurídica discutida; de esta suerte el comprador de un fundo ha de sufrir que se le oponga la sentencia que recayó en un pleito promovido por su causante y en que éste ejercitó la *actio finium regundorum* o *pluviæ arcendae*: cfr. WETZELL, *op. cit.*, § 6, notas 8 y 12. Según WINDSCHEID (§ 125), la enajenación de la cosa litigiosa no es nula, aunque lleve como sanción, cuando es el actor quien la realiza, la *exceptio litigiosi*, por virtud de la cual se exime el demandado de la obligación de seguir el pleito con respecto al adquirente; y si es el demandado quien efectúa aquélla, la sanción consiste en la obligación que asume el adquirente de restituír la cosa al enajenante, cuando lo reclame el actor, y además, y sobre todo, la sumisión al fallo dictado respecto al demandado que da la *actio judicati* contra él.

(1) CHAUVEAU *(loc. cit.)* argumenta en el sentido de no ser necesario reanudar los procedimientos en el caso de enajenación.

pública antes de aquel pronunciamiento; de suerte que el adquirente que transcribiera su título se sustraería a la autoridad del fallo que pudiera pronunciarse contra su causante (1). Pero no se puede dar esta eficacia a la transcripción (2). Esta da seguridad al adqui-

(1) Cas. Roma, 15 mayo 1876 (*Legge*, 1876, 1, 709); Cas. Turín, 12 junio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 483); Cas. Turín, 24 julio 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 999); Apel. Venecia, 29 abril 1890 (*Temi ven.*, 1890, 298); Apel. Génova, 6 marzo 1893 (*Temi gen.*, 1893, 269).

(2) Se incurriría en error si se le atribuyera tal eficacia por analogía con el art. 2.015. La obligación que el tercer poseedor de una finca hipotecada, sea o no causahabiente del deudor, tiene de pagar o entregar el fundo, se basa en la hipoteca misma, y reconoce por condición la obligación de pagar asumida por el deudor; y al paso que ésta puede derivar directamente de un contrato o de un fallo condenatorio, aquélla no necesita una sentencia en que haya sido declarada: TROPLONG, *Privil. et hypot.*, n. 779. Esta es la razón de que el tercer poseedor quede obligado aun cuando no tenga aplicación con respecto a él una sentencia dictada contra el deudor. Pero él puede siempre hacer la oposición de tercero con relación a un fallo que perjudique su derecho; y el Código italiano, con la disposición especial del art. 2.015, que no tiene concordante en el francés, le autoriza además a formular oposición en vía de ejecución, con todas las excepciones que no fueran exclusivamente personales del deudor, y que éste no haya alegado y pudiera alegar si no estuviese obligado por la sentencia. Dos requisitos se exigen para ello, como es natural: que él no esté, a su vez, ligado por el fallo (cosa que ocurrirá si él ha intervenido en el pleito personalmente o representado por alguien); y que la sentencia sea posterior a la transcripción, pues de ella proviene la posibilidad de oponer su título de adquisición a los acreedores hipotecarios inscritos. En conclusión, no cabe argumentar *a contrario* para sostener que cuando el adquirente no ha transcrito, quede obligado por la sentencia que contra su causante se dicte, porque el tercer poseedor, aunque suceda al deudor en la propiedad de los bienes, no es, en realidad, un causahabiente del deudor por lo que se refiere a la obligación de pago que ha constituído la entraña del pleito; y si la sentencia influye en su posición jurídica, con independencia del momento en que la adquisición se efectúa, y la facultad de oponerse a ella está limitada según la diversidad del momento en que se dicta, la razón de todo ello no radica en que la sentencia misma tenga aplicación a él en tiempo alguno, sino en que la sentencia, al tener eficacia para el deudor, hace que se cumpla el requisito a que está subordinada su sujeción al gravamen real representado por la hipoteca. Cosa muy distinta acontecería si el juicio versara, no sobre la obligación del deudor, sino acerca de la subsistencia misma de la hipoteca. El adquirente que hubiera recibido los bienes de manos del deudor, hubiese o no transcrito su derecho antes del fallo que declaraba dicha subsistencia, conservaría íntegramente la facultad de impugnarlo, de acuerdo con lo que ahora expondré en el texto.

rente contra aquellas modificaciones del derecho de su causante que, aun teniendo por fundamento un hecho anterior, se hacen públicas después; pero la eficacia de la sentencia no está subordinada a una publicación que haya de hacerse mediante la transcripción. De aquí que quien adquiere después de comenzado el pleito esté obligado a sujetarse al fallo, como está expuesto indudablemente a perder el derecho que adquiere si se llega a declarar que carecía de derecho el transmitente; y con transcribir su título no se coloca en posición mejor, porque ya el mero hecho de entablarse la demanda contra el causante obliga a reconocer que el actor tiene derecho a una sentencia que, siendo favorable, pueda dirigirse con eficacia contra el causahabiente; y como este derecho no está subordinado a requisito de publicidad, no puede sufrir modificación porque se haga público el derecho contrario. Y de no admitirse esto, hay que pensar, como creo, que no existe desde el comienzo de la litis aquella obligación del adquirente de sujetarse a la sentencia pronunciada en contra o a favor de otros, pues juntamente con el derecho adquiere la posibilidad de asumir su defensa y no necesita para sustraerse a ello acudir a transcribir el título. La doctrina que rechazamos produciría la siguiente extraña consecuencia: La de que, como mediante la transcripción se sustraería el adquirente a la autoridad del fallo dictado contra su causante, renunciaría también a alegarlo en su favor; al no transcribir, podría excepcionar alegando la cosa juzgada; pero no podría hacerlo después de haber transcrito, porque son correlativos normalmente los dos efectos, positivo y negativo, de la sentencia; si sirve de fundamento al derecho que reconoce, ha de impedir la alegación del derecho que niega (1). Distinto es el caso cuando se trata de demandas que han de hacerse públicas precisamente para evitar que produzcan efecto las transmisiones de los derechos que con ellas se impugnan; quien adquiere después de ser transcrita una demanda de revocación, rescisión o resolución, de las previstas en el núm. 3.° del art. 1.933, queda sometido a la sentencia que se pronuncie respecto al causante. Y queda sujeto al fallo, haya o no transcrito su derecho antes de la sentencia, porque el derecho eventual contrario al suyo queda siempre publicado con anterioridad. De lo que se desprende una nueva razón para rechazar el influjo de la litis pendiente en todos aquellos casos en que no

(1) V., sin embargo, *infra* los nn. 227 y ss.—Según la vaga noción vulgar de la representación imperfecta, los causahabientes anteriores al fallo están representados *ad meliorem causam* por el causante: BORSARI, *Comm.*, § 3.326 *b*.

está prescrita la publicidad del planteamiento de la demanda (1).

Otros toman como norma para afirmar o negar la eficacia de la sentencia respecto al causahabiente, otro punto de vista: el hecho de que éste haya tenido o no noticia del pleito (2). También esta doctrina se enlaza con enseñanzas del Derecho romano; según él, cuando había un litigio que estaba en tramitación con un tercero, y una persona, interesada primordialmente en la decisión del derecho controvertido, tenía conocimiento del asunto y nada hacía, se inducía su voluntad de atenerse al fallo que pudiera recaer. Todo el que estudie atentamente el párrafo de que se suele deducir aquella teoría, podrá ver cómo no hay necesidad de presumir que el silencio del interesado que tuvo conocimiento del pleito, implique su voluntad de remitir al tercero su propia defensa, puesto que quienes podían intervenir en la litis y no lo hicieron, como un heredero cuando se discuta respecto a una deuda hereditaria con otro coheredero, no estaban obligados a someterse a la autoridad de la sentencia. Los que están en situación de accionar y excepcionar con preferencia al demandante o al demandado, y que interviniendo en el proceso podrían sustituír a uno u otro y apartarlos de continuar el ataque o la defensa, son los únicos que con su abstención voluntaria permiten legítimamente inducir el propósito de confiar la representación propia a quien ha iniciado la defensa de su derecho (3).

---

(1) A diferencia de la transcripción, que hace público el título con que se adquirió, y se refiere a la persona que hubo de transmitir el derecho, la intabulación a la manera germánica se dirige a dar publicidad al mismo derecho adquirido. Transcribiendo, pues, se garantiza la adquisición, pero no el derecho adquirido, y si se priva de éste al enajenante, queda la adquisición sin objeto. Con la intabulación se garantiza al adquirente de buena fe el derecho mismo adquirido, y quien hubiera podido antes reivindicarlo de manos del que lo enajenó, no triunfará en su intento, una vez realizada aquélla, sino indemnizando al adquirente mediante el reintegro del precio que pagó. Por eso, la sentencia que acoge sus pretensiones, aun siendo en general eficaz contra quien adquirió durante el pleito, no puede producir tal efecto cuando la adquisición, realizada en el curso del proceso o con posterioridad a él, se haya asegurado por medio de la intabulación del respectivo derecho. Cfr. DERNBURG, *Preuss. Privatr.*, § 132 ad nn. 9-10.

(2) Así lo entiende BONNIER, *Tr. des preuves*, II, 778.

(3) MAC., 63, D. *de r. j.*, XLII, 1; v. CUYACIO, *Rec. soll. ad h. leg.* (edic. Prato), t. VIII, c. 302 y ss.—En general, sobre esta intervención en el proceso realizada de modo *principal y exclusivo*, y que nada tiene que ver con su aspecto *accesorio*, v. WETZELL, *Civilpr.*, § 64.—Esta actuación compete, se-

Pero nuestro sistema procesal no reconoce esta forma de intervención exclusiva, ni puede impedir que, pese a alegaciones de quien pretenda tener mejor derecho a sostener el litigio, deje de fallarse el que promovieron otros o fué entablado contra ellos; por lo cual, falta pretexto, siquiera sea remoto, para resucitar aquel principio del Derecho romano e inducir del silencio del causahabiente el propósito de otorgar al causante su representación.

226. Resumiendo los principios expuestos y aplicándolos al usufructo, hay que reconocer que la sentencia dictada respecto al propietario obliga al usufructuario que con posterioridad reciba aquél por acto contractual o por ministerio de la ley; y que del mismo modo el usufructuario puede fundar su pretensión en esta sentencia. Si, en cambio, se constituye el usufructo antes de dictarse el fallo, aunque sea después de comenzado el juicio con su causante, para él no produce efecto la sentencia (1). Y como para conseguir la posesión, o conservarla contra las pretensiones contrarias, está plenamente en situación de defender sus intereses con las razones alegadas por su causante, o con razones olvidadas por éste, o, en fin, con otras nuevas referentes a su propia posición jurídica, puede muy bien renun-

---

gún la l. 63, al comprador cuando se trata de pleito promovido contra el vendedor, o al acreedor prendario en el procedimiento instado con respecto al deudor. Por consiguiente, estas personas sufren los efectos de la *exceptio rei judicatae* si no intervienen, aunque su derecho hubiera nacido antes de iniciarse el pleito, ya que si nace con posterioridad quedan sujetos a ella, tengan o no conocimiento del asunto. No es que se aplique esto expresamente al usufructuario con relación al proceso seguido respecto al dueño, pero su posición no puede estimarse diferente de la que corresponde al acreedor pignoraticio.

(1) Como ya he indicado, PROUDHON (*Us.*, nn. 1.382-1.389) es partidario de que el fallo obligue a quien adquirió los bienes estando en tramitación el litigio, y, por tanto, tenga eficacia con respecto al legatario del usufructo si al morir el testador estuviera en disposición de fallarse el asunto, poniéndole término sin necesidad de reanudar la tramitación los herederos. Cuando esto último fuere necesario (y con mayor motivo aún si la demanda se interpone después de fallecer el testador) el propio autor citado reconoce que debe reclamarse directamente contra el usufructuario para que tenga efecto contra él la acción, sin que valga a impedirlo la circunstancia de que el referido usufructuario no haya entrado todavía en posesión de los bienes. Por lo demás, no hace falta explicar por qué en el Derecho actual carece de vigor la regla romana que atribuía valor con respecto a los legatarios a un fallo en que se hubiera declarado con relación a los herederos la nulidad del testamento.

ciar a la iniciación de un nuevo juicio y promover oposición de tercero contra la sentencia que condenó a su causante o absolvió de las pretensiones de éste al demandado. Y con la elección de esta vía (que le está naturalmente cerrada tan sólo cuando la sentencia reserva los derechos del usufructuario de un modo implícito o explícito, y versa exclusivamente sobre la pertenencia de la nuda propiedad, porque en este caso no experimenta ningún perjuicio en el momento ni eventualmente), puede ocurrir que el usufructuario renuncie al beneficio de la doble instancia, y en todo caso queda expuesto al riesgo de ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios si se rechaza la oposición; pero entre las ventajas que, en cambio, puede obtener, está principalmente la de prevenir una ejecución a cargo de su causante, y no verse tampoco forzado a asumir la ofensiva contra un litigante investido de la posesión merced al triunfo. En todo caso, estimada la oposición como tercero, sus efectos quedan limitados al usufructuario que la deduce, sin que de ella pueda obtener ni aun indirectamente ventaja alguna el transmitente que hubiera sido condenado. Por ejemplo, negada la existencia de una servidumbre predial a beneficio del fundo concedido en usufructo, puede con su oposición lograr el usufructuario que se le conceda la servidumbre, limitada *personae demonstratione*, como un derecho perteneciente al fundo mientras él lo disfrute (1).

227. Una sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada a favor o en contra del usufructuario, es para él y contra él asimismo un título ejecutivo. Este principio, que si no encuentra fundamento seguro en el Derecho de Pandectas, fué reconocido por virtud de la práctica constante en el Derecho postjustinianeo (2), está reconocido por los escritores franceses e italianos, casi con unanimidad (3). In-

---

(1) Cfr. sobre todo esto la obra ya citada de GALLUPPI, especialmente los nn. 91 y ss., 214, 271, 268, etc., etc.

(2) Cfr. WETZELL, § 47, n. 112; y entre los escritores antiguos, STRYKIO, *Usus mod. pandect.*, l. XLII, t. I, § 60.

(3) V. la jurisprudencia francesa en DALLOZ, *Jugement*, nn. 358, 364; *Pandect. belg.*, v. *Exécution des jugem.*, nn. 53, 56-60, 95 y 97. Admiten la expedición de la sentencia provista de cláusula ejecutiva a favor del causahabiente un fallo del T. de Apel. de Milán, fecha 27 de mayo de 1885 *(Annali,* 1885, 262) y otro del de Apel. de Génova, dictado en 9 de abril de 1889 *(Annali,* 1889, 242); y autoriza la ejecución de la sentencia contra un adquirente posterior el fallo pronunciado en 31 de marzo de 1882 por el T. de Cas. de Nápoles *(Gazz. procur.,* XVII, 318). En cambio, la sentencia del propio T. de Cas., fe-

dudablemente, no hay imposibilidad lógica alguna en reconocer la necesidad de un nuevo pleito declarativo y referente al fondo para obtener un título ejecutivo, pero nunca podrá reproducirse en él la discusión acerca de la existencia y extensión del derecho del causante; cuestión resuelta ya irrevocablemente en la sentencia anterior. Ahora bien; esta necesidad, que no puede deducirse del artículo 439 del Código civil (a) (1) (el cual da derecho al propietario para reivindicar contra el poseedor, mas no crea en él la obligación de usar de este medio procesal cuando disponga ya de un título suficiente con que obtener frente al poseedor la protección coactiva de la autoridad pública), estaría en oposición completa con una buena economía procesal, pues subsiste íntegro el derecho del usufructuario, como el de cualquier otro adquirente, a defenderse contra quien intente quitarle la posesión de la cosa o del derecho, bien probando que no depende su título del del pretendido causante, bien demostrando que hay un contrato que impide al actor alegar sus pretensiones contra él, ya por último fundándose en excepciones de carácter personal y extrañas a la relación jurídica definitivamente establecida entre el actor y la parte condenada, y tal derecho puede alegarse oponiéndose al intento, lo cual daría lugar indirectamente, aunque sólo cuando él *esté* interesado, a un juicio cognitivo incidental, que no se diferencia del juicio principal (acaso instado por el reivindicante con anterioridad), sino por la diversidad de la competencia territorial. Convirtiéndose en actores mediante esta oposición, el usufructuario y los demás adquirentes no por ello asumen la carga de una prueba que no les correspondería si fueran demandados, porque quien ejecuta es quien, con la sentencia, acredita su derecho respecto al causante y quien está obligado a facilitar la notificación del fallo al causahabiente, justificando el vínculo de dependencia en que se halla (2); al usufructuario o adquirente tocaría, de todas suertes, probar la inexis-

---

cha 22 abril 1891 (*Legge*, 1891, 2, 770), declara que una resolución dictada contra el transmitente y en virtud de la cual tuviera éste que haber entregado los bienes a otra persona no puede tener efecto contra quien adquirió de él.

(a) [Cf. art. 348, párr. 2.° del Cód. esp.]

(1) Como lo hace incidentalmente GALLUPPI, *loc. cit.*, que en este punto marcha de acuerdo con COVIELLO. V. *supra*, nota 2 de la pág. 98.

(2) Según el Ordenamiento procesal civil del Imperio alemán, §§ 665 y 666, puede solicitarse que se expida la sentencia con cláusula de ejecución por los adquirentes a título singular que obtuvieron su derecho estando en tramitación el pleito (o contra dichos adquirentes); y después de dictado el fallo, bastará simple acuerdo del Presidente del tribunal si la adquisición resulta de

tencia de semejante relación o la existencia de un derecho propio suyo para oponerse a la ejecución. Estas afirmaciones, no quedan contradichas con una interpretación literal estricta del precepto procesal que reconoce la expedición de copias con fuerza ejecutiva sólo a la parte en cuyo favor se pronunció la sentencia (artículo 557), y que regula el procedimiento para la entrega de los bienes sólo con respecto a la parte condenada (artículos 741, 742 y 745); el nombre de *parte* no puede menos de interpretarse en relación con el significado que, según hemos visto, da a esta palabra el Código civil cuando habla de la extensión que alcanzan los efectos de la autoridad de la cosa juzgada. Tampoco puede verse una incongruencia en que no se haya proveído con un aplazamiento de la ejecución cuando se trata de causahabientes *mortis causa* a título singular, de igual suerte que está previsto en favor de los herederos (artículo 560); si tenemos en cuenta que los legatarios deben pedir a los herederos que les pongan en posesión de los bienes, se comprenderá que pueden ser obligados a entregarla antes de terminar el plazo en que podría obligarse a éstos judicialmente a ello.

228. Si la extensión que recibe la fuerza obligatoria de la sentencia y su aplicación al causahabiente se explican por la transmisión de aquellos derechos y obligaciones que tienen por objeto la observancia y cumplimiento de la sentencia misma, no pueden concebirse, en cambio, derechos y obligaciones que se remonten del causahabiente al causante, ni que tenga eficacia con respecto a éste la sentencia firme proferida con relación a aquél. Más aún; estando limitada la autoridad de la sentencia, según la doctrina expuesta, al causahabiente no investido del derecho durante la tramitación del juicio, y que por eso no puede asumir por sí mismo su defensa, queda justificada la eficacia del fallo sin necesidad de fingir que la confió al causante; y por el contrario, en cualquier momento que se inste el juicio contra el causahabiente, hay posibilidad jurídica de que su causante intervenga para sostener su propio derecho; y el obligarlo a estar y pasar por la sentencia pronunciada contra el causahabiente, equivaldría a condenar a aquél sin ser oído.

Y, sin embargo, la doctrina corriente reconoce un cierto influjo, respecto al propietario, de las sentencias pronunciadas contra el usufructuario, y, recíprocamente, respecto a éste de las dictadas con-

---

títulos públicos, necesitándose en otro caso la presentación de instancia judicial para conseguir la referida cláusula de ejecución.

tra aquél, independientemente de la relación derivativa en que puedan encontrarse los respectivos derechos, y, por consiguiente, tanto en el tiempo en que no exista esta relación, como por ejemplo cuando ambos traigan su derecho de un causante común, como cuando existe esa relación, pero no origina una transmisión del vínculo creado por la sentencia, por ser anterior a ella la constitución del usufructo. Todos reconocen que la sentencia dictada contra el usufructuario no obliga al nudo propietario, ni la pronunciada contra éste al usufructuario que no traiga causa de él, y que, en su virtud, el nudo propietario y el usufructuario, respectivamente, pueden oponerse como si fueran terceros (1), invocando el aforismo de que la posición jurídica nuestra puede mejorarse por obra ajena sin nuestro conocimiento ni voluntad, mas no empeorarse (2); pero, ello no obstante, se dice comúnmente que el nudo propietario y el usufructuario se reputan representantes alternativos uno del otro en el juicio que termina con una sentencia favorable (3).

Una representación de este carácter no puede equipararse a un mandato, porque es inconcebible la idea misma de un mandato *ad meliorem causam;* no puede subordinarse la eficacia del mandato a una condición que ha de resolverse necesaria y únicamente al extinguirse aquél. En cambio, esta limitada eficacia de la representación cabe explicarla conforme a los principios que rigen la gestión de negocios: no ya invocando, como podría hacerlo una observación superficial, los requisitos previstos en el art. 1.144 para que pese sobre el interesado la responsabilidad de las obligaciones asumidas por el gestor, ni declarando útil únicamente aquella gestión que conduzca a una sentencia favorable, y, por tanto, una gestión

(1) MERLIN, *Rép.*, v. *Opposition tierce*, § 2, n. 7; GALLUPPI, *op. cit.*, números 150-152; PROUDHON, n. 55, hace notar la diferencia que hay con lo que sucede cuando se trata de sentencia dirigida contra la persona a quien interinamente se ha puesto en posesión de los bienes de un ausente. El beneficiado, según dijimos (t. I, p. 530), no es solamente usufructuario del beneficio, sino que representa también los intereses de la propiedad; es natural, por consiguiente, que la sentencia dictada con respecto al beneficiado obligue asimismo al patrono que, después de suprimido el beneficio, promueva con relación a los bienes una acción igual a la que ya entabló el beneficiado cuando se suponía que estaban espiritualizados aquéllos: Apel. Roma, 17 mayo 1884 *(Annali,* 1884, 455).

(2) GAYO, 39 D. *de neg. gest.*, III, 5.

(3) ALLARD, *op. cit.*, 306-308; LAROMBIERE, *Oblig.*, ad art. 1.351, números 101 y ss.

en la que, como queda obligado hacia el gestor, ha de resultarlo también respecto a los terceros representados por el gestor mismo; porque es principio inconcuso que el calificar de útil una gestión no depende de su resultado final, sino de las circunstancias en que se asumió (1). Ahora bien; si el examen de estas circunstancias indujese a justificar la intervención del gestor, habría que confesar que siempre que sin su culpa perdiera el pleito, quedaba el interesado obligado para con él; pero que el interesado se obligue con la sentencia pronunciada respecto al gestor, y que también la persona que ha contendido con el gestor quede obligada respecto al interesado por la sentencia, no puede ser nunca un efecto directo o inmediato de la gestión útil del juicio, o sea del hecho de quien sin mandato sostiene un pleito en interés de otro en circunstancias tales que el interesado se hubiera visto forzado a hacerlo (2). Cuando se trata de la formación de meras relaciones de obligación entre particulares, depende en sustancia de la otra parte permitir al gestor contratar y obligarse en nombre del interesado, no en nombre propio, y hasta puede afirmarse que cuando esto ocurra, la utilidad de la gestión constituye título suficiente para investirlo, en efecto, de la representación del interesado (3); en cambio, para la formación de la relación procesal, en que toman parte los litigantes y la autoridad pública, exige ésta la demostración previa de que quien defiende derechos ajenos tiene facultades para hacerlo, y no admite a quien no esté efectivamente investido de una representación voluntaria o legal. Si al gestor se le reconoce personalidad para sostener los derechos de otro cuando demuestra que tiene un interés en hacerlo, aunque sólo sea en calidad de gestor y por obligaciones derivadas de ello, se le admite únicamente en su nombre y por su propia cuenta; y ese gestor que actúa así no es un representante del interesado

---

(1) V. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* (Lanciano, 1893).

(2) V. en PACCHIONI, *op. cit.*, p. II, c. V, la argumentación, realmente agotadora, respecto al modo de formular el requisito de la utilidad de la gestión.

(3) En sentido afirmativo, PACCHIONI *(op. cit.*, p. III, c. I), que se funda exclusivamente en los términos del art. 1.144 y demuestra que en el Derecho romano regía el principio opuesto; en sentido negativo se pronuncia, entre otros, LAROMBIERE (ad art. 1.375), pues entiende que el tercero carece de acción propia contra el *dominus negotii*, si bien puede ejercitar subsidiariamente la *actio negotiorum gestorum contraria*. Ni éstos ni otros escritores franceses o italianos se refieren a la gestión procesal.

porque emprenda útilmente su gestión, como no lo viene a ser tampoco el gestor que se obliga en su propio nombre.

La capacidad que no puede dar a la representación en juicio la utilidad inicial de la gestión se la da *ex post facto*, y con efecto retroactivo, la ratificación del interesado (1). Esta afirmación la sanciona implícitamente el art. 1.752 (a), que declara obligado al mandante en todo lo que el mandatario haya excedido los límites del mandato si aquél lo ratificó tácita o expresamente. Es, por tanto, concebible en abstracto el caso de un interesado que, siendo extraño al juicio, quede sometido a la excepción de cosa juzgada, con motivo de fallo dictado contra el gestor; basta con que ratifique cuanto éste haya realizado sosteniendo la litis en su propio nombre. Si preexiste a la ratificación la posibilidad de que el interesado llegue a obligarse para con la otra parte, ésta debe hallarse expuesta del mismo modo a la extensión del vínculo obligatorio creado por el gestor y a su eficacia para con el interesado en virtud de la ratificación de él; y como quiera que en la práctica esto no puede ocurrir sino en el caso de ser dictada sentencia favorable al gestor, que será cuando quiera ratificarla el interesado y extender de esta suerte a él mismo la eficacia del fallo, verdaderamente se produce como resultado una representación imperfecta de aquél por parte del gestor; una representación que dependiendo de la ratificación tácita o expresa de dicho interesado, sólo tiene efectos cuando redunde en beneficio de éste el resultado del pleito.

229. Ahora bien; para que el negocio jurídico formalizado por el gestor pueda, mediante la ratificación por el interesado, ser convertido en hecho propio, y llegar a producir efectos que le beneficien, es condición imprescindible el que no sólo el gestor haya querido realizarlo en interés ajeno, sino que como negocio en interés de persona distinta del agente, pueda ser reconocido por la otra parte. Esta posibilidad no queda excluída en modo alguno por el hecho de que el gestor tenga un interés propio concurrente; pero sí cuando este interés pueda haber quedado satisfecho en forma por completo distinta e independiente del interés ajeno. El que trata con el gestor a conciencia de que lo es, sabe que tanto el contenido de los derechos que adquiere, como de las obligaciones que asume, penden de

(1) Acerca de la representación que se obtiene por consecuencia de la ratificación, consúltese PACCHIONI, p. III, c. I, §§ 2-4 y c. II.

(a) [Art. 1.727, párr. 2.º del Cód. esp.]

la ratificación que luego haga el *dominus negotii*. Quien al tratar con el gestor ha podido creer que éste obra exclusivamente por su propia cuenta, no espera adquirir derechos contra persona distinta, ni tiene tampoco razones para creer que las obligaciones que asume puedan extenderse en beneficio de persona diferente: distinciones éstas, cuya aplicación más importante se encuentra en materia de Derecho procesal. Quien al reivindicar un derecho de servidumbre, acepta que le conteste un no propietario, que en propio nombre, sostiene los derechos del dueño, sea cualquiera el interés que a ello le mueva, ya sabe que el propietario puede negarse después a reconocer autoridad a la sentencia que condene a quien, ni por ley, ni voluntariamente, tiene su representación, y que, por el contrario, puede utilizar la autoridad de la sentencia absolutoria, porque en la misma declaración de querer aprovecharse de ella, está implícita la ratificación de lo actuado por el defensor de su causa y la investidura de su representación (1). Lo mismo creo que debe resolverse

(1) En el Derecho romano primitivo, el *cognitor* era quien sustituyendo en forma solemne al actor, podía representarlo en juicio; el proceso iniciado por un *procurator*, fuese un mandatario o un *negotiorum gestor*, no producía efecto para el *dominus litis*, o sea para la persona cuyo derecho se trataba de ventilar ante la autoridad. Por eso tenía que prestar siempre el *procurator* la *cautio de rato*, para garantizar su obligación personal de que el *dominus* ratificaría cuanto él hiciera y se comprometería por tanto a acatar la sentencia. También había de prestar dicha *cautio* el *defensor*, es decir, el defensor que no tuviera mandato del demandado, para que el actor se aviniera a discutir con él, evitando al demandado los daños que lleva consigo la rebeldía, permitiendo al propio tiempo que otro sujeto se subrogara en su posición. Más tarde, el *procurator* se equipara, en ciertas condiciones, al *cognitor;* pero seguía siendo útil la *cautio de rato* para los casos de *negotiorum gestor* y para las hipótesis en que no constara con certeza el otorgamiento del mandato o su subsistencia. En fecha posterior aún, se llegó a exigir la previa legitimación del representante, declarándose nulo el litigio incoado por un *negotiorum gestor;* mas esta disposición legislativa tampoco impidió la posibilidad de que, sin suficiente legitimación, se siguiera un pleito en nombre de otra persona, incluso por medio de un *negotiorum gestor*, ya que la averiguación de la calidad del actor no se realizaba sino a instancia del demandado, y la litis podía quedar convalidada si el *dominus* prestaba su ratificación. Por consiguiente, si no se prestaba la *cautio*, la otra parte quedaba expuesta a un grave riesgo, a saber, el de soportar un fallo adverso (pues entonces no había de faltar la ratificación por el favorecido), y, en cambio, no poder beneficiarse de una sentencia satisfactoria (porque la ratificación no sería fácil en esta eventualidad). Cfr. sobre todo esto BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici* (Roma, 1889-1891), sec. IV, § 29.

cuando el reivindicante de la servidumbre se dirige contra uno de los varios copropietarios de un fundo indiviso; el demandado defiende con su oposición el interés propio, pero al mismo tiempo defiende el de sus condóminos que está necesariamente unido al suyo, porque siendo indivisible el derecho de servidumbre, no puede ser gravada o liberada la parte alícuota que le corresponde en la propiedad sin que se graven o liberen las cuotas de los demás; si el actor, al promover el juicio contra uno solo de los interesados, sabe a lo que se expone, y debe imputarse a sí mismo la consecuencia de que, no demandando a los demás, corre el riesgo de que se rehuse acatamiento a la sentencia favorable que obtenga, sabe también que, defendiendo su propia causa, el demandado defiende igualmente la de los otros, y que si éstos ratifican y aceptan tal representación, pueden alegar en su provecho la sentencia absolutoria (1). Cuando no se trata de reivindicar un derecho de servidumbre, sino la posesión del fundo en concepto de dueño y contra uno de los varios que lo posean proindiviso, la cosa es muy distinta; en este caso, el interés del demandado no es solidario necesariamente del de los copro-

(1) La cuestión se discute mucho entre los intérpretes del Derecho romano y entre los del Derecho hoy vigente. La solución defendida en el texto (y que se apoya en ULPIANO, 4, § 3, D. *si serv. vind.*, VIII, 5) es la seguida por WINDSCHEID, § 232, n. 4; DURANTON, t. XIII, n. 528; AUBRY y RAU, t. V, § 669, n. 4; GALLUPPI, *op. cit.*, n. 146. En cambio, son muchos los que, basándose en la indivisibilidad de las servidumbres, creen que la sentencia obliga a los condueños, lo mismo si es favorable que si es adversa al reivindicante: BETHMANN-HOLLWEG, § 103, n. 92 y § 110, n. 92; WETZELL, § 47, n. 30; VANGEROW, § 173, VI, 4; TOULLIER, t. X, nn. 207 y 208; PARDESSUS, *Servit.*, t. II, n. 334; Cas. Roma, 6 de mayo de 1889 *(Foro*, 1889, 988); v. también ELVERS, *Servitutenl.*, § 77, n. *n.;* con lo cual, como observa WINDSCHEID, viene a resultar posible que uno solo de los comuneros grave el fundo con una servidumbre sin estar conformes los demás condóminos. Claro que es insuficiente el argumento literal derivado del § 4 de la ley mentada, donde no se presupone discusión sobre la existencia de la servidumbre, sino sobre el ejercicio de ella. Algunos, finalmente, desconociendo la representación fundada en gestión ratificada posteriormente, afirman que el efecto de la sentencia queda siempre reducido a las partes litigantes, y que los condueños no pueden alegarla en su favor, como tampoco pueden ser perjudicados por ella: LAURENT, t. XX, n. 122. Con un razonamiento análogo al que se hace en el texto podrían acaso establecerse límites a la eficacia de un fallo en los casos de codeudores y coacreedores solidarios; pero la cuestión es demasiado compleja para que la discutamos incidentalmente. Cfr., por último, acerca de la materia, el estudio de ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali* (Roma, 1890), § IX.

pietarios; su derecho puede negarse o afirmarse sin que por ello sea negado o reconocido el derecho de los demás; el que contiende con él judicialmente, discute un interés independiente del de los demás poseedores, y no tiene por qué reconocer en el demandado un posible representante de éstos.

230. De igual suerte creo que deben estimarse independientes las sentencias que se pronuncien respecto al usufructuario y las que se dicten respecto al nudo propietario (1). La parte que reconozca al usufructuario o al nudo propietario como su legítimo opositor, lo

---

(1) En el t. I, ps. 281 y ss., al aludir a esta cuestión, intenté fijar las relaciones que pueden notarse entre la posición jurídica del usufructuario y la del heredero fiduciario, para lo cual admití provisionalmente la doctrina que acepta la representación *ad meliorem causam* del nudo propietario por parte del usufructuario de los bienes; doctrina tan extendida, que el mismo LAURENT acoge sus conclusiones (t. VII, nn. 46 y 48), aunque haga una crítica severa de sus premisas y de toda la teoría de la representación imperfecta (t. XX, nn. 118 y 125). También podría apoyarse en un argumento indirecto de carácter literal: en el precepto del art. 510, cuyo valor en punto a esta controversia será objeto de estudio en el c. VII del presente libro. Las consideraciones que acabo de exponer me inducen a separarme, sin embargo, de ella, con tanta mayor razón cuanto que esta modificación no altera las subsiguientes deducciones allí desenvueltas. Considerando la posición que en el Derecho francés asume el heredero fiduciario, queda en pie su perfecta analogía con el usufructuario; si negamos que éste represente al propietario cuando el fallo ha de ser favorable, también hay que negarlo con respecto a la persona obligada a restituír, ya que está establecida la tutela de la sustitución, y, por tanto, el tutor tiene la representación de los derechos del sustituto, y ya que no pueda defenderlos por sí solo, cabe que intervenga en juicio acompañando al gravado con aquella carga. Es posible, desde luego, que las leyes regulen de manera diversa la relación entre fiduciario y fideicomisario; así, por ej., con arreglo a la Ordenanza francesa de 1747, las sentencias en pro o en contra de la persona sobre quien pesa tal carga favorecen o perjudican, respectivamente, al sustituto. Cfr. PROUDHON, *Us.*, t. I, n. 65, tomo III, n. 1.314. Lo mismo ordena el § 1.830 del Proyecto de Cód. civ. alem. (según el Proyecto en 2.ª lectura, art. 11 de la Ley de Introducción, este precepto responde al propósito de adicionar el § 293, letra *d*, del Ordenamiento procesal civil); si bien en los *Motive* (t. III, p. 509) se establecía que las acciones del usufructuario y del nudo propietario y las sentencias pronunciadas con relación a uno u otro son absolutamente independientes. De esta disposición no resulta ninguna otra nota diferencial entre el usufructuario y el fiduciario, pero se sacan todas las consecuencias que produce la posición a que en el lugar citado hube de referirme.

reconoce como representante exclusivo de los intereses ligados respectivamente al disfrute y a la nuda propiedad. Al discutir con uno de ellos, no pretende comprometer los derechos que puedan corresponderle con relación al otro, ni cabe que se exponga a perderlos si es contraria la sentencia, cuando no se expone a asegurarlos si ésta es favorable. Versando el juicio sobre la posesión de una cosa material o sobre la pertenencia de un derecho, no es nada imposible que recaigan y se ejecuten sentencias contradictorias para el usufructuario y para el nudo propietario, por negarle al uno y concederle al otro la posesión; o bien reconociendo que hay una servidumbre mientras dura el usufructo, y negando que aquélla pueda perdurar cuando éste se extinga (1). Ni vale hacer hincapié en la relación personal constituída entre propietario y usufructuario, con anterioridad a la sentencia, para desconocer la independencia recíproca de uno y otro respecto al fallo. Por un lado, si se alega que, mediante esta relación, está obligado el usufructuario a custodiar la cosa usufructuada, y de esta obligación se quiere derivar su derecho a defender la causa del propietario, diremos que aquella obligación la observa el usufructuario denunciando al dueño las usurpaciones que puedan realizarse, y colocándolo, por tanto, en situación de asumir por sí mismo su propia defensa. Tampoco, por otra parte, en razón a que el nudo propietario esté obligado contractualmente a la garantía para con el usufructuario, y, por consiguiente, expuesto a que se repita contra él si se dicta primero una sentencia favorable al usufructuario, y luego, y a virtud de otro fallo, sufre éste las consecuencias de la evicción y corre el riesgo de perder el fruto de su anterior triunfo. La autoridad de la primer sentencia no le protege contra lo que es un efecto indirecto de la segunda; con tanto mayor motivo cuanto que tal consecuencia hubiera podido evitarse siempre trayendo a los autos al usufructuario para que la sentencia causase estado con respecto a él (2).

---

(1) Surge esa imposibilidad cuando se han dictado respecto a diversos condueños sentencias contradictorias en punto a la existencia de la servidumbre; pero ésta no es una razón para que se extiendan a todos aquéllos las sentencias pronunciadas con relación a uno solo; los demás tendrán que sufrir las consecuencias de la ejecución de un fallo adverso si no han recurrido al procedimiento de oponerse como terceros. Y si con esto consiguen una modificación de la sentencia, tal resultado vendrá a repercutir indirectamente en la posición del primer litigante contra quien se dictó la resolución desfavorable. Cfr. AUBRY y RAU, § 769, n. 54; GALLUPPI, n. 146.

(2) V. LAURENT, t. XX, n. 125.

Estas conclusiones no son de aplicar cuando el pleito verse, no acerca del derecho del usufructuario o del nudo propietario a la posesión, sino sobre actos arbitrarios que hayan perturbado la posesión obtenida o sobre violencias o actos clandestinos que hayan privado de dicha posesión. Aquí nos encontramos con la necesaria dependencia recíproca de los intereses del nudo propietario y del usufructuario; aquél posee la cosa por medio de éste, y éste, aun teniendo la posesión civil del derecho, posee la cosa por cuenta del nudo propietario. Al violar la posesión del uno, se comete violación de la posesión del otro, y la contienda que se suscite sobre ello es fuerza considerarla como una contienda sobre derechos que para ambos se derivan de la posesión. El que con uno cualquiera de los mismos acepta la contienda, no podrá alegar contra el otro la sentencia si en el proceso no hubiera sido parte; pero no puede impedir que el otro la alegue contra él haciendo suyo el pleito (1).

231. La identidad objetiva de la controversia, constituye otro requisito aparte para la autoridad de la sentencia, y se produce siempre que después de dictada ésta, *se suscite una nueva pretensión que sea lógicamente incompatible con el contenido de ella* (2). Esta incompatibilidad existe entre la sentencia que rechaza la pretensión

---

(1) V. el cap. VII de este libro.

(2) Resolver la identidad objetiva de la controversia en una identidad de objeto y de causa no corresponde a aquel principio de la incompatibilidad lógica referido en el texto, ni da una regla que sea prácticamente útil; para aplicar tal criterio hay necesidad de involucrar con el concepto de la identidad de objeto la relación entre lo principal y lo accesorio, entre el complejo y las cosas singulares que lo integran, y hay que entrar en la distinción entre las causas próximas y las causas remotas de la acción. En cambio, es preciso oponer a la identidad objetiva de la controversia el elemento subjetivo de la cosa juzgada, porque son cosas diferentes la incompatibilidad lógica de las diversas pretensiones y la limitación de la autoridad de la sentencia a las partes litigantes (o representadas en el pleito), que es de lo que en realidad puede nacer la existencia de fallos contradictorios. En los números precedentes quedan indicados los motivos por los cuales ocurre tal limitación, y por qué cesa cuando se trata de los sucesores singulares de un litigante. Estas consideraciones justifican el fracaso de aquella tentativa de COGLIOLO (*Trattato dell' eccezione di cosa giudicata*, Turín, 1883; y *Cosa giudicata*, en la *Enciclop. giur. ital.*) de sustituír la regla tradicional de la triple identidad por el principio de la identidad de relación jurídica. Con lo que se renovarían las aplicaciones arbitrarias del concepto de identidad, estimando como idéntica una relación cuyos términos todos se hayan ido cambiando.

de una cosa, y la nueva pretensión de una parte de la cosa misma, siempre que la parte sea realmente pedida como tal parte, y no como cosa independiente y existente por sí, y también entre la sentencia que rechaza la pretensión de una parte, desconociendo implícitamente el derecho a la totalidad, y la posterior petición de esta totalidad (1); no existe tal incompatibilidad cuando las dos pretensiones recaen sobre cosas con individualidad jurídica distinta, aunque el resultado pueda ser un conferimiento de poderes sobre campos que coincidan parcialmente; ésta es la relación que media entre pretender el usufructo y el uso, o el usufructo y la propiedad. No hay diferencia alguna si lo pedido, y negado primero, es el derecho más amplio o el de más restringido alcance de los dos. No puede haberse el usufructo sin disponer de la facultad de usar de la cosa, pero al negarse la facultad de usar que es inherente al derecho llamado técnicamente uso, y está contenida en los límites propios de este derecho, no se excluye que el interesado pueda tener la facultad más amplia de uso que va comprendida en el usufructo. De igual suerte, en la propiedad está contenida la facultad de usar y disfrutar de la cosa (cuando no esté modificada por el derecho de otra persona); pero porque a uno se le niegue el usufructo, que consiste en el derecho de usar y gozar, no va con ello a impedirse que pueda serle reconocida la propiedad de la cosa misma. Únicamente cuando, en el primer caso la facultad de usar, y en el segundo la de usar y disfrutar, le fuese negada como parte del derecho de usufructo y del de propiedad, respectivamente, habría un obstáculo para ejercitar la reivindicación completa del usufructo o de la propiedad (2). Por la misma razón (3), tenemos que reconocer que la sentencia que niega

---

(1) Cfr. a este respecto UNGER, *Oesterr. Privatr.*, § 132, nn. 62 y ss.—Ya hemos visto una aplicación interesante de esta regla en materia de usufructo: si un testamento llama solidariamente a varias personas al usufructo, y una de ellas lo reclama sin éxito ante los Tribunales, no podrá luego solicitar el derecho de acrecer si la sentencia desconoce su pretensión al legado; podrá pedirlo si el fallo estima que la vocación no era ineficaz, pero que el demandante había perdido la parte que le correspondía, sin perder, no obstante, su capacidad para acrecer.

(2) DURANTON, t. XIII, nn. 466 y 467, y DALLOZ, *Rép.*, v. *Chose jugée*, nn. 116 y 117, afirman con argumentaciones contradictorias que, una vez desestimada una demanda en que se pedía el derecho de uso, no cabe solicitar el de usufructo; pero que fallada adversamente la demanda en que se pretendía este último, no por ello se cierra la puerta a la reclamación de la propiedad.

(3) No *con mayor razón*, porque la independencia de ambas demandas se

el derecho de propiedad o el derecho de usufructo, no constituye un obstáculo para pedir después el usufructo o el uso.

232. Sin embargo, un pasaje de POMPONIO (1) parece que resuelve lo contrario, o sea que la sentencia que absuelve de una demanda sobre la propiedad, constituye obstáculo para deducir luego una demanda de usufructo, y éste es el significado que atribuye al texto CUYACIO (2), que lo compara con el de PAULO (3) en que se examina el influjo del *pactum ne fundum petere* sobre la *petitio usus fructus fundi*. Pero en él no se dice que la *exceptio pacti* sea un obstáculo necesariamente a la *petitio usus fructus*, sino que *ex eo quod pactum* (o *actum*) *erit, pacti conventi exceptio aptanda erit*, esto es, que se puede desprender de la interpretación del pacto la renuncia a ejercitar cualquier derecho sobre el fundo; y se reserva expresamente la posibilidad de una interpretación restrictiva: *nisi specialiter aliud actum est*. Ahora bien; la sentencia no tiene la flexibilidad de una convención privada, y no puede aplicarse sino a las relaciones jurídicas que han constituído materia del juicio; lo resuelto acerca de la relación de propiedad, no puede repercutir en la muy diversa de usufructo, aun cuando las facultades comprendidas en éste lo estén igualmente en el derecho de propiedad. Y en otro lugar se resuelve claramente para un caso inverso que la absolución de una *petitio* de *iter*, aun comprendiendo éste una parte de las facultades incluídas en el *actus*, no hace nacer la *exceptio rei judicatae* contra la *petitio* del *actus* (4). Por esto, al pasaje de POMPONIO se le da generalmente en la Glosa una distinta interpretación (5). Según aquel jurisconsulto, la *exceptio rei judicatae* es un

---

funda únicamente en la diversa naturaleza del derecho que constituye su objeto, y no en que la primera de ellas sea comprensiva de la segunda.

(1) L. 21, § 3 D. *de exc. r. j.*, XLIV, 2.

(2) *Rec. in l. II Pauli ad edict., ad l. 4 de us.* (edic. Prato, t. V, c. 41), *in l. III ad l. 27 § 8 de pact.* (*eod.*, t. V, p. 135); en el mismo sentido, aunque incidentalmente, WINDSCHEID, *die Actio*, § 11 ad n. 32; v. también TOULLIER, t. X, n. 153, y PROUDHON, *Us.*, n. 971.

(3) L. 27, § 8 *de pact.*, II, 14.

(4) ULPIANO, 11, § 6 *de except. r. j.*, XLIV, 2.

(5) V., entre otros, PABLO DE CASTRO, *Comm. ad Dig. nov.*, ad h. l.; CASTILLO SOTOMAYOR, *De us.*, c. I; GALVANI, *De us.*, c. 26, n. 5; DONELO, *Comm. j. c.*, l. XXII, c. 5, n. 11; POTHIER, *Pand. reord.*, ad h. l.; ZACHARIAE, § 759, nn. 59 y 61; UNGER, *Oest. Privatr.*, § 132, nn. 58, 95 y 96; WETZELL, *Civilpr.*, § 57, n. 70 A.; y BEKKER, *Process. Consumt. u. Urt.*, § 18.

obstáculo a la pretensión de usufructo *qui ex illa causa ex qua fundus meus erat meus sit;* pero el usufructo fundado en la misma causa de la propiedad no puede ser un verdadero y propio derecho especial de usufructo; de suerte que si uno deriva alternativamente del mismo título la propiedad y el usufructo de una cosa, siempre daría un fundamento jurídico distinto a los dos diversos derechos; el título englobaría, formalmente tan sólo, dos actos de voluntad distintos; lo que, por consiguiente, queda excluído, es únicamente aquella facultad de uso y disfrute que corresponde al propietario. El que ve rechazada su pretensión a la propiedad de una cosa, no puede demandar luego el disfrute de la misma en concepto de dueño.

Esta opinión, perfectamente lógica, me parece, sin embargo, totalmente inconciliable con el texto de POMPONIO. Ante todo, porque pedir el disfrute a título de propietario, en el lenguaje de las fuentes no es una *petitio usus fructus:* el epígrafe del título VI del libro VII distingue con claridad *si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur;* el propietario tiende a asegurar para sí el disfrute mediante la negativa del derecho de otro a disfrutar; y el ejercicio de la acción negatoria, como el de la reivindicatoria, tiene por fundamento el derecho de propiedad (1). Y en segundo término, porque POMPONIO da como fundamento de su opinión: *quia qui fundum habet usum fructum suum vindicare non potest;* y en la interpretación dominante se parte del supuesto precisamente contrario, porque se ve privado de pedir el usufructo quien no tiene el fundo; y más aún, ocurre así, por no haberlo obtenido.

Esta segunda objeción la refutan, deficientemente, los autores que se han ocupado de ella: BEKKER cree que el inciso *quia* no se refiere a las circunstacias concretas del caso examinado, sino que establece una regla abstracta: «quien como propietario está en posesión del fundo, no puede pedir el usufructo porque ya lo tiene; luego siendo el usufructo del propietario una parte de la propiedad, quien ha sido rechazado en su demanda de propiedad, no puede pedir el usufructo como dueño». Pero *qui fundum habet* no equivale a «quien posee el fundo como dueño»; además, puede poseerse muy bien como propietario sin tener el disfrute, y por consiguiente, hallarse en la necesidad de salir al paso de quien infringe su derecho

(1) No acierto a explicarme cómo WETZELL puede encontrar en la l. 5, § 3 D. *si us. pet.*, VII, 6, y en la l. 2 pr. D. *si serv. vind.*, VIII, 5, un argumento para designar la *actio negatoria* como *petitio usufructus.*

usurpando la propiedad; y semejante pretensión está reconocida, precisamente, en la segunda parte del párrafo. DONELO reconoce la contradicción del inciso, y dice sin poner mucha fe en ello, que puede encerrar una motivación propuesta alternativamente con la primera dada por POMPONIO: a quien ha pedido la propiedad y después pide el usufructo, o se le opone la cosa juzgada, o se le objeta que ya es propietario y como tal no puede pretender el usufructo. Pero lejos de señalar el texto esta alternativa, subordina la *exceptio obstabit* al *quia*, como el efecto a la causa. Ninguno se ocupa en desvanecer la primera objeción, y la *petitio usus fructus* hecha por el propietario (1), sirve más bien de base a la construcción artificiosa de un usufructo causal, unido a la propiedad como efecto de ella y en contraposición al formal que es independiente de la misma (2).

Hay quien intenta interpretarlo de un modo muy distinto (3) y supone que el actor haya triunfado en el pleito sobre la propiedad; por eso precisamente no podrá demandar el usufructo del fundo reivindicado, ya que la condición de propietario es incompatible con la de usufructuario. En este caso especial habría con la sentencia favorable un obstáculo al planteamiento de otra demanda distinta en oposición con el contenido material de aquella. Plausible sería la explicación (4), pero me parece que no puede coordinarse la primera parte del párrafo, interpretado así, con la segunda de él cuando se trata de una demanda de usufructo a la que sigue la adquisición de la propiedad, y, en un tercer momento, se renueva la controversia sobre el usufructo. Entre los dos casos no habría aquel paralelismo que posibilita para el jurisconsulto la comparación, cuando en el segundo hubiera que suponer rechazada la demanda;

(1) Que WETZELL llama *actio negatoria*, y BEKKER *confessoria*.

(2) Obsérvese que CUYACIO apoya en diversos lugares esta distinción de ambos usufructos en la segunda parte de la ley citada: *ad Afric.*, tr. V, l. 36 *de us. leg.* (edic. cit., IV, 125); *ad l. XVII q. Pap.*, l. 33 *de us.* (IV, 1.201); *ad l. III q. Paul.*, l. 126, § 1, *de verb. obl.* (V, 1.549); *ad tit. de verb. obl.*, l. 58 (VI, 767); *ad tit. de us. leg.*, l. 10 (VII, 767), etc., etc.; pero en los lugares que se citan en la nota 2 de la p. 119 sostiene que la primera parte de la ley trata del usufructo que no es en realidad elemento integrante del dominio y que en algunos casos es admitido como si lo fuera, esto es, del usufructo formal.

(3) KRÜGER, *Process. Consumt.*, § 23 *in fine*.

(4) Dado el formalismo del proceso romano, pero no en el Derecho vigente, donde la pretensión de excluír a otros del usufructo no podría desestimarse por haberla entablado el propietario como una demanda del usufructo por sí.



y me parece imposible admitir que fuera estimada, porque además de la dificultad de suponer una hipótesis en que, después de acogida la demanda, y de haber el actor adquirido la propiedad, se renovara la contienda sobre el usufructo, la *causa superveniens* de la adquisición de la propiedad sería por lo menos indiferente. Desaparecida que fuese, si al actor en el juicio se le opone la *exceptio rei judicatae,* podría disponer siempre de la *replicatio rei secundum se judicatae* (1).

Por lo demás, yo confieso que no he logrado hallar una interpretación completamente satisfactoria del fragmento (2). La versión que dan de él las Basílicas (3) contiene la indicación expresa de la inadmisión de la demanda para el primer caso y tácitamente para el segundo; pero suprime del todo los dos incisos *qui ex illa causa ex qua fundus meus erat meus sit,* y *quia qui fundum habet usum fructum suum vindicare non potest.* Con esta supresión queda perfectamente claro el razonamiento, mas con igual claridad afirma que al desestimarse la reivindicación, se impide el planteamiento de una demanda de usufructo entre las mismas partes y sobre la cosa misma. Lo probable es que el pensamiento de POMPONIO corresponda a esta versión y que los dos incisos no sean otra cosa que dos malísimas interpolaciones hechas en distinto tiempo para rectificarlo por quien con razón no juzgaba admisible que se equiparara el usufructo a una parte de la cosa.

§ 2. EXTENSIÓN Y DEFENSA DEL DERECHO A LA POSESIÓN EN EL USUFRUCTO DE BIENES INMUEBLES.

SUMARIO: 233. Sobre las cosas comprendidas en el usufructo. Partes que constituyen la cosa: su transformación.—234. Continuación. Usufructo sobre bienes improductivos.—235. Derecho a ser resarcido por la destrucción o menoscabo de la cosa.—236. Cuándo se transforma el objeto del usufructo recayendo sobre la indemnización procedente al ser expropiada la cosa o serle impuesta alguna servidumbre legal.—237. Derecho del usufructuario sobre la accesión fluvial. — 238. Derecho sobre las nuevas plantaciones y construcciones.—239. Derecho sobre canteras y minas. Yacimientos minerales que

(1) ULPIANO, 9, § 1 D. *de except. r. j.,* XLIV, 2.

(2) Y no comprendo cómo puede mejorarse éste con la adición propuesta por MOMMSEN, que intercala el vocablo *non* entre el *qui* y el *ex illa causa.*

(3) L. LI, tít. 2, n. 19.

233. El título es el que resuelve cuáles sean los bienes gravados con usufructo, y, por consiguiente, los que tiene derecho a poseer el usufructuario; si no existe ni se formaliza acto constitutivo voluntario alguno para determinar en particular la extensión de los inmuebles que están incluídos en aquél, ni consta la indicación de sus dimensiones o linderos, puede inducirse qué extensión tenga el objeto del usufructo viendo la extensión del objeto sobre que recayera la propiedad de su causante y las varias circunstancias (nombre, clase de cultivos, cerramiento, supresión de linderos, disfrute común, etc.), de que aparezca haberse conservado o atribuído una cierta individualidad jurídica a una determinada extensión de terreno y a los materiales que se le han incorporado. Al aplicar el segundo criterio se ha considerado, por ejemplo, que en el legado de usufructo de una casa destinada a habitación están comprendidos los accesorios de la misma como el jardín o un prado adyacente, que resulten haber estado unidos siempre a la casa (1); el artículo 847 que, interpretando de modo natural la voluntad, excluye del legado las adquisiciones posteriores, aunque estén contiguas, no prejuzga la cuestión de si las anteriores han de agregarse económicamente a la posesión originaria y modificar así su contenido. Aplican-

(1) Apel. Turín, 6 marzo 1882 (*Annali*, 1882, 152).

do el primer criterio hay que reconocer que el derecho del adquirente está limitado por los derechos correspondientes a personas diversas del causante sobre partes distintas y no separadas ni separables materialmente del inmueble, como el derecho de propiedad a una planta del inmueble, sobre los árboles de un predio y el derecho de propiedad sobre los materiales de un edificio, que puede perdurar como derecho separado, tanto cuando la construcción se hizo por el propietario de los materiales y con el consentimiento del dueño del inmueble, como cuando éstos se hayan utilizado contra el consentimiento del propietario de los materiales, si bien en este último caso no puede alegarse sino después de demolido o derribado el edificio (1). Cuando no modifiquen el contenido jurídico del inmueble derechos distintos de los del causante, el derecho de quien adquiere el usufructo abarca la extensión completa del suelo y todos los demás elementos materiales que concurren a hacer de él una unidad económica.

Pero si para fijar la extensión del derecho del adquirente hay que remontarse a la relación de enlace de la que resulta esta unidad, no queda subordinada a la persistencia de la relación, ni la existencia ni la extensión del derecho adquirido: este principio representa

(1) Este dominio latente de los materiales lo niegan en realidad muchos escritores, porque creen que en nuestro Derecho la propiedad de los materiales se extingue al incorporarse al suelo, transformándose en el derecho a percibir una indemnización. Hay quien sostiene que la propiedad se conserva cuando no se ha reclamado la indemnización aludida: TOULLIER, t. III, n. 125; MARCADÉ, ad art. 554, n. 1; AUBRY y RAU, § 204; PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n. 178.—Mayor importancia práctica tiene otra cuestión que se discute más, a saber, la del derecho que corresponda a quien obtuvo permiso para edificar en suelo ajeno. V. a este respecto SEGRE, en el *Foro italiano*, 1891, 1, 348. Pero, aun sin entrar nosotros en el examen de los diferentes aspectos que presenta, creo que cabe sostener la proposición defendida en el texto, y que resulta implícitamente negada por quienes atribuyen valor absoluto a la regla del art. 446 (a), haciendo que pertenezca al propietario de la cosa todo aquello que a la misma se incorpore. Al conceder autorización para edificar, el dueño renuncia al derecho de pedir la demolición del edificio; pero además, y sobre todo, renuncia a exigir que la construcción se considere parte del fundo y la haga suya por accesión; cabrá negar que esta renuncia tenga por efecto la adquisición de la propiedad del edificio por el constructor; pero si éste se propuso utilizar temporalmente el suelo, queda en su mano proceder al derribo del edificio y recuperar los materiales que lo componen.

(a) [Art. 353 Cód. esp.]

una necesidad jurídica cuando se trata de adquisiciones a título de propiedad. La esencia del derecho de propiedad está en excluír toda limitación temporal; transmitir un derecho de propiedad destinado a extinguirse cuando desaparezca la unión de los elementos materiales que constituyen su objeto, equivale a transmitir un derecho de propiedad con plazo indeterminado porque la materia es imperecedera; todo se transforma. En cambio cabe lógicamente constituír un derecho de usufructo que, teniendo por objeto una cierta unión de cosas, se extinga si se disuelve aquella unión y no se transporte a las cosas separadas. Este es el valor que a la constitución del derecho de usufructo daba el Derecho romano, para el cual toda transformación sustancial del objeto era seguida de la pérdida del usufructo. No es exacto (1) que este principio responda a la esencia misma del usufructo y que la obligación impuesta al usufructuario de conservar la sustancia de la cosa lleve necesariamente a la extinción del usufructo cuando cambie ésta. El usufructuario es responsable de la infracción de aquel deber; puede conminarse con una sanción posterior (pérdida del usufructo) el arbitrario cambio de la sustancia, sin que por ello sea de necesidad mantener subordinada la persistencia del derecho a la conservación del objeto en su condición primitiva. El Derecho romano mantuvo una correlación constante entre los límites fijados al disfrute del usufructuario y los límites señalados a la persistencia del usufructo, y prohibía modificaciones que, hechas por sí o por otro, no producían el efecto de extinguir su derecho (2). Aquel principio representaba una interpretación de voluntad, una restricción ulterior del alcance del usufructo, conforme a la probable intención del constituyente, pero susceptible de desaparecer con una manifestación de voluntad contraria y que se reputaba borrada, sin declaración expresa, cuando el usufructo se constituyera sobre todo el patrimonio (3). Y esta

(1) Como estima PROUDHON, nn. 2537 y ss.

(2) Por ejemplo, realizar una plantación de viñedo en el fundo usufructuado: ULPIANO, 10, § 4, D. *quib. mod.*, VII, 4; cabe argumentar a base de la prohibición contenida en el propio ULPIANO, 13, § 4, D. *de us.*, VII, 1; pero téngase en cuenta sobre todo que el usufructuario universal no podía disfrutar de los distintos bienes constitutivos del patrimonio sino con las mismas limitaciones a que estaba sometido el usufructuario particular de aquellos diferentes objetos, quedando íntegro su derecho a pesar de cualesquiera modificaciones que tales bienes hubieran experimentado.

(3) En realidad, las fuentes no preven la hipótesis de que, adquirido el usufructo sobre un patrimonio, venga luego a transformarse una cosa de las

interpretación (1), contra la que POTHIER (2) protestaba ya, la abandonó definitivamente el art. 520 del Código (a), que reconoce al usufructuario el derecho a disfrutar del solar y de los materiales cuando el usufructo se establece sobre un edificio sólo y éste perece de cualquier manera que sea.

234. El Código francés, en su art. 624, resuelve este caso según el criterio romano recogido por DOMAT (3), y no cabe dudar ya que de este precepto especial hay que inducir el principio de que el usufructo se extingue siempre que el objeto del mismo se transforme en un bien incapaz de utilizarlo conforme a su anterior destino y apto para servir económicamente a funciones completamente distintas, por haberse desasociado los elementos materiales de que se

---

que lo integran, aunque sí está previsto el caso contrario, o sea, que la transformación se realice con anterioridad; mas basándose en una decisión de JUL., 34, § 2, D. *de us.*, VII, 1, se suele inferir que al usufructuario de un patrimonio le corresponde el usufructo del solar cuando la casa comprendida en el patrimonio se queme después de la adición de herencia. Pero no cabe admitir que después del incendio surja el usufructo del solar, por no haber sino un momento para la adquisición del legado; explicación que podría, por lo demás, aceptarse cuando se tratara de usufructo legal sobre bienes adventicios, pues el padre adquiere el disfrute a medida que el hijo adquiere la propiedad o que asumen una fisonomía nueva los bienes sujetos al dominio. No cabe considerar que el objeto del usufructo sea el patrimonio en cuanto unidad, porque sería preciso admitir que el patrimonio continúa teniendo una existencia jurídica individual después de la adición de herencia, o reconocer que el objeto del usufructo no queda, en tal concepto, sometido a la propiedad; y también porque el usufructuario, cuya obligación consiste en conservar lo que es la sustancia del objeto, recibiría una ilimitada facultad de disposición con respecto a los distintos bienes (o *partes* integrantes del *todo* representado por el patrimonio), ya que podría—sin alterar la sustancia de la cosa—enajenar o permutar aquéllos, pues la sustancia del patrimonio no está constituída por la de los diferentes objetos, sino únicamente por su valor en cambio. Ahora bien, si el usufructo recae sobre los objetos sueltos que constituyen el patrimonio, y el usufructuario del patrimonio donde está englobada la casa tiene derecho al solar y los materiales salvados del incendio, esto significa que el usufructo de la casa puede persistir después de su destrucción física y de su transformación en bienes sustancialmente distintos de los que en su primitiva contextura formaban la casa.

(1) Respecto a sus varias aplicaciones, v. NOODT, *de usufr.*, l. II, c. 11.

(2) *Tr. du douaire*, n. 255 (edic. Bruselas, 1831, p. 588).

(a) [Cfr. art. 517 Cód. esp.]

(3) *Lois civiles*, l. I, t. 11, s. VI, n. 7.

componía; principio aplicable a los casos de desguazamiento del buque, desecación de estanque o laguna, y tala del bosque objeto del usufructo, análogos completamente al de la destrucción de la casa. En cambio, es cierto que el art. 624 no implica la aceptación completa de la doctrina romana; y así en el 616 se rechaza implícitamente esa tesis, frente a la decisión citada de PAPINIANO (1) de que se extingue el usufructo de un rebaño porque éste quede reducido a una o a pocas cabezas (2), las cuales si desaparecen como rebaño siguen siendo susceptibles de procurar igual clase de utilidad que la que el propio rebaño procuraba. E igualmente debe sostenerse que la extinción no surge cuando sucede una transformación radical del objeto, no por la disolución, sino por la adición de nuevos elementos. El art. 617 señala taxativamente las causas de extinción, y si según el 624 hay que reputar perecido el objeto cuando a la cosa sobrevivan elementos útiles de índole distinta, lo que determina la extinción del derecho será siempre la disolución física de la cosa misma; y es completamente arbitrario que, para resucitar la doctrina romana, se venga a crear, como lo hace PROUDHON, una nueva categoría de causas de extinción, hablando del aniquilamiento de las funciones de la cosa, o como ha dicho alguien, de su «destrucción jurídica». Por lo demás, PROUDHON, al aplicar su fórmula, no va mucho más allá de las consecuencias que se desprenden legítimamente del art. 624; y en tanto que para alguna hipótesis académica de especificación de bienes muebles se mantiene fiel a los principios del Digesto, vacila luego en aplicarlos al caso más importante de transformación por agregación de nuevos materiales, o sea al de construcción alzada sobre terrenos legados en usufructo (3).

Si en el Cód. franc. el art. 624 fija el alcance del 617, en el nuestro, y relacionando el 516 con el 520 (a), llegamos a una solu-

---

(1) L. 31 D. *quib. mod.*, VII, 4; cfr. CALLISTR., 3 D. *de abig.*, XLVII, 14.

(2) PROUDHON, n. 2.536.

(3) De tal suerte, excluye en este caso la extinción, pero en una proposición incidental y no teniendo presente sino la hipótesis de que sea el dueño quien haga la construcción: n. 2.563. También la excluye DEMOLOMBE, t. X, nn. 711 y ss.—En una tesis doctoral, *De l'extinction de l'usufr. en Droit romain et en Droit français* (París, 1887), p. II, p. 62, AUDET, después de haber impugnado la extinción del usufructo por «destrucción jurídica de la cosa», admite—con peregrina incongruencia—que la extinción se realice en caso de edificar, si el usufructuario no puede exigir que las construcciones sean demolidas por haberlas efectuado un poseedor de buena fe.

(a) [En Derecho español arts. 513 y 517.]

ción contraria, debiendo negar que se extinga el usufructo, no sólo en los casos en que haya transformación sin disolución, sino también cuando a ésta sobrevivan elementos de la cosa primitiva que puedan utilizarse en cualquier forma. Por consiguiente, el usufructuario conserva normalmente el derecho a poseer la cosa, aunque sea transformada ya, y todo lo que reste después de la destrucción, cambiando a compás de la naturaleza del objeto el modo de ejercitar su derecho, y muy en especial, y cuando sean fungibles los materiales de un inmueble destruído, transformándose el derecho que tenía a la posesión, en concepto de usufructuario, en una reivindicación de la propiedad, siquiera quede obligado a devolver en su día la correspondiente equivalencia. En cambio, la disposición final contenida en el art. 520, no debe aplicarse sino muy restrictivamente, y tan sólo para la hipótesis prevista por el legislador; autoriza dicho precepto para que el propietario ocupe el terreno y se valga de los materiales, pagando al usufructuario los intereses de su valor de tasación si el referido dueño se propone levantar otro edificio; y por muy grande que sea el interés del propietario, y su deseo de restituír a su primitiva situación un bosque destruído o un predio inundado, ello no basta para que ante el silencio de la ley se prive de la posesión al usufructuario. En el caso a que el Código quiso atender, el conflicto de intereses opuestos (propiedad y usufructo) se resuelve transformando el derecho real del usufructuario en un derecho de obligación exigible al dueño; y ni siquiera queda al arbitrio de éste dicha transformación, sino que ha de subordinarse a la reedificación por el propietario, utilizando el solar y los materiales; y no podrá realizar su propósito si al destruirse el edificio el usufructuario pide y obtiene la propiedad de los materiales, pues el propio usufructuario podrá entonces resucitar su derecho real sobre el terreno y materiales si no se edifica.

A virtud de las reglas expuestas, quedan equiparadas la posición del usufructuario universal y la del usufructuario singular respecto a la cosa transformada, resultando sólo esta diferencia: que no es aplicable el inciso final del art. 520 al usufructuario universal y que puede oponerse a la reedificación si pretende conservar para sí la posesión de los materiales y del solar. No desaparece con los nuevos principios el obstáculo a las transformaciones arbitrarias que pueda realizar el usufructuario, porque se faculta al propietario para instar con motivo de ellas la extinción del usufructo o la desposesión. Claro está, por lo demás, que en la constitución voluntaria del usufructo puede modificarse el alcance que le da la

ley y vincular el término del usufructo a la conservación del objeto en la propia especie y forma que tenía al nacer.

La persistencia del usufructo sobre la cosa transformada aleja también el pretexto para reproducir las enseñanzas de la antigua doctrina, que reputaba inhábiles para el usufructo los bienes inútiles (1); borrándose así las distinciones académicas entre inutilidad transitoria y permanente, inicial y posterior: no hay cosa alguna que no sea capaz de servir de instrumento para obtener utilidad por mínima que sea (2), teniendo en cuenta los estados y formas que puede tomar la materia de que esté constituída. El principal fundamento de aquella doctrina es una respuesta de NERACIO (3), que negando al usufructuario facultad para concluír un edificio empezado, aun cuando el estado en que se halle no le pueda servir para nada, dice que en estas condiciones no puede existir sobre el edificio un derecho de usufructo. Para rechazar esta respuesta, con la que gratuitamente concluiría la restricción que el usufucto impone a la propiedad, es suficiente pensar que el usufructuario tiene siempre la posibilidad de aprovechar el objeto de su derecho, incluso en el caso del edificio derruído. Pero, como veremos en el capítulo siguiente, tampoco dentro del Derecho actual puede pensarse que el no estar el edificio terminado tenga la consideración de forma sustancial, que esté obligado a respetar el usufructuario, porque el límite de su disfrute es sólo el derivado de la necesidad de que, al terminar el usufructo, pueda consolidarse el dominio en el estado mismo en que el objeto se hallaba antès de comenzar. El propietario, por tanto, tiene derecho a intervenir, aun durante el usufructo, para impedir que se modifique el destino económico de la cosa, pero sólo en cuanto a aquellas modificaciones que hayan de sobrevivir al usufructo; en el conflicto entre los intereses, igualmente negativos, del usufructo y de la propiedad, que conduciría a la recíproca exclusión del actual disfrute, el común interés habría de buscar necesariamente una conciliación y la posibili-

---

(1) V. GALVANI, *de us.*, cap. 31.

(2) No hace falta decir que la diversa aptitud de los bienes para satisfacer necesidades físicas o meramente intelectuales (o emocionales), no constituye título para diferenciaciones económicas de los bienes. V. en el Digesto ejemplos de usufructo sobre una colección de medallas, sobre cuadros y estatuas, sobre un fundo de recreo: ULPIANO, 13, § 4; POMP., 28; MARCIANO, 41, princ. D. *de us.*, VII, 7, y GALVANI, *op. cit.*, c. 32.

(3) L. 61, D. *de us.*, VII, 1.

dad de llevar a esto al propietario representa ya para el usufructuario una utilidad. Por otra parte, pudiera ser que con la constitución del usufructo se quisiera dificultar la libre disposición respecto a la cosa, porque prohibido hoy el fideicomiso, no puede ponerse obstáculo jurídico a la regulación de los intereses futuros de la familia; para realizar esta función negativa se constituye el usufructo con independencia de la utilidad que pueda obtener el usufructuario, y ningún precepto legal puede impedir que se le atribuya sólo esta función.

235. Si el derecho del usufructuario se restringe o amplía a compás de las variaciones que sufra el contenido del objeto, lo que ingresa en su patrimonio es el valor del usufructo conforme al contenido que tenga el objeto en el momento de iniciarse este derecho; y, sin embargo, si el usufructuario se beneficia de la ampliación y de las agregaciones que experimente la cosa antes de que la sucesión se abra (1), como con aquéllas que son anteriores a la donación o la venta, no se puede decir que se enriquezca con estas ampliaciones, ni por otra parte se le resarce de las detracciones que se hagan de la cosa legada antes de la muerte del testador, y menos antes de la constitución, por actos de cualquiera clase que alteren el contenido y reduzcan la extensión de la cosa donada o vendida, aun cuando la conviertan en inhábil para los usos a que estaba destinada.

Al usufructuario, sea cualquiera su título de adquisición, son de aplicar las reglas que señalan los derechos del legatario en el artículo 876 (a), y los del comprador en el 1.470 (b), con arreglo a lo dispuesto por el art. 496, según el cual «el usufructuario recibe la cosa en el estado en que se encuentre»; con ello se quieren definir las relaciones del usufructuario con el propietario, pero es independiente de esta regla, siquiera esté coordinado con ella (2), el princi-

---

(1) Siempre que no se trate de adquisiciones inmobiliarias posteriores al testamento y que conserven una individualidad jurídica separada; o de una verdadera y propia transformación voluntaria que permita inducir la revocación del legado; v. el t. I, n. 95.

(a) [Art. 883 del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.468 del Cód. esp.]

(2) Aunque coordinado con ella, porque el derecho real del usufructuario es el fundamento del derecho personal que él tiene contra el dueño. Tampoco el arrendatario puede dirigirse contra los terceros cuando ellos hayan inferido daños a la cosa antes de comenzar el arriendo; lo que puede exigir es que el

pio que niega toda clase de derechos al usufructuario para con el tercero responsable de daños inferidos a la cosa antes de nacer su derecho de usufructo (1). El derecho al resarcimiento forma parte del patrimonio a que pertenece la cosa en el momento de serle causado el daño (2), y no puede considerarse inherente en modo alguno a la cosa ni transmisible a quien sucede en su propiedad o al que adquiere el usufructo de ella. Basta recordar el art. 893 (a), que preceptúa la ineficacia del legado cuando la cosa perece enteramente en vida del testador, y que rechaza la sustitución del objeto específico del legado por un eventual derecho a ser resarcido, para que se destruya la presunción de que existió la voluntad tácita por parte del testador (en un usufructo a título gratuito) de subrogar al beneficiario en los derechos que pudieran corresponderle a aquél contra el responsable. De igual suerte, el usufructuario de cosa singular no puede ejercitar derecho alguno nacido contractualmente a favor del dueño y con motivo de la propiedad de la cosa antes de empezar el usufructo; el usufructuario es un sucesor en el derecho de administrar, y lo que sí puede hacer es entablar contra el arrendatario las acciones que se deriven del contrato de arrendamiento, pero no para aprovecharse de la responsabilidad en que se pueda haber incurrido antes de surgir su derecho, como no puede reclamar para sí el pago de las cantidades vencidas (3). En todo esto no hay nada que distinga los derechos del usufructuario de los que tiene

---

arrendador le entregue el objeto en buen estado para servir a su destino, y en tal concepto, y para asegurar la satisfacción de su derecho, subrogarse en los que al propietario habrían correspondido contra la persona que produjo el daño.

(1) En contra, PROUDHON, nn. 1.644-1.646.—La resolución dada por PAU., 12, *ad L. Aq.*, IX, 2, no implica que el usufructuario pueda pretender el resarcimiento de daños anteriores al usufructo, sino que en la evaluación del daño, con arreglo a las normas sentadas por la ley Aquilia, haya de tomarse como base el valor máximo alcanzado por la cosa en el año precedente, comprendiendo para ello aquella parte del año en que aún no había nacido el usufructo.

(2) V. PERNICE, *zur Lehre v. d. Sachbeschädig.*, XVI.

(a) [Cfr. art. 869, n.° 3.°, del Cód. esp.]

(3) Precisamente porque, careciendo del derecho a formular por cuenta propia esta pretensión, habría de asumir con respecto al arrendatario el carácter de un gestor de negocios del dueño; y a más de ser responsable con relación a éste, en caso de que la pretensión fuera acogida, a diferencia de cuanto sucede cuando actúa por su propio derecho (v. *supra*, n. 229), el propietario podría prevalerse de un fallo recaído en contra del inquilino.

quien adquirió la propiedad a título oneroso o gratuito. En cambio, naturalmente, el usufructuario universal tendrá derecho a proceder contra los responsables, contractual o extracontractualmente, ejercitando las acciones que forman parte del patrimonio sobre el cual recae su derecho.

Si el propietario tiene asegurado el inmueble, ningún derecho ostenta el usufructuario particular respecto a la indemnización, aun cuando el siniestro ocurra durante el usufructo y venga así a pesar sobre su patrimonio (a). La constitución del usufructo no resuelve el contrato de seguro, como, salvo estipulación en contrario, puede acaecer con la enajenación de la propiedad; y de todas suertes si el contrato se resuelve, esta resolución no se produce como efecto inmediato de la constitución del usufructo, sino porque se agrava el riesgo que eventualmente se pueda correr (1). Pero el derecho a la indemnización que el asegurado mantiene, fundado en el contrato y cuya causa es la obligación del pago de las primas, no se transmite al usufructuario, a menos de que se le otorgue una delegación: como no se transmite tampoco al que adquiere la propiedad cuando en el contrato de seguro esté excluída la rescisión en caso de venta. Si es cierto que en el Código civil existe un precepto especial (artículo 1951) que vincula a favor de los acreedores privilegiados e hipotecarios la indemnización pagadera por el asegurador, esto nada tiene que ver con lo anterior, porque aparte del derecho que tienen esos acreedores sobre las cosas aseguradas, la indemnización forma parte del patrimonio que garantiza su derecho, y si las cosas quedan sustituídas por esa indemnización, y se da esa preferencia, ello se funda únicamente en la concurrencia del derecho de garantía general sobre el patrimonio entero, y del derecho de garantía especial sobre las cosas aseguradas. En cambio, el usufructuario no tiene más que un derecho sobre la cosa, y, con respecto a la indemniza-

---

(a) [El art. 518 del Cód. esp.—inspirado en el 2.246 del portugués y falto de toda concordancia en el italiano—concede al usufructuario derecho a percibir el precio del seguro, si lo contrató por sí solo, y los intereses del mismo si concurrió al seguro con el propietario. La doctrina científica suele entender que también tiene este último derecho el usufructuario que no contribuyó al seguro, cuando no medió requerimiento del propietario para que lo hiciera, ni por consiguiente negativa de su parte (SCAEVOLA, t. VIII-IX, 3.ª edic., pág. 1.110; MANRESA, pág. 546; DE BUEN, *Usufructo* en la *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXX, pág. 606).]

(1) V. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, t. I, n. 325.

ción, que implica un elemento distinto del patrimonio del constituyente, carece de fundamento su pretensión. Aquí también es distinta la situación del usufructuario universal; como para éste la obligación del pago de primas es una de las cargas del patrimonio objeto de su derecho, se aprovecha de la indemnización del seguro; derecho que ha adquirido por virtud del contrato (1).

Si durante el usufructo, y por acto de un tercero, se destruye o deteriora el inmueble, ese hecho constituye una doble violación de los derechos de usufructo y de propiedad y ambos titulares pueden pedir que se les indemnice proporcionalmente al daño experimentado. El derecho a la indemnización viene a sustituír en el patrimonio del perjudicado al derecho que sobre la cosa le correspondía: *es una transformación del derecho a consecuencia de haber sido violado, no es una transformación de la cosa que constituía el objeto del derecho;* por lo tanto, no existe un solo derecho de indemnización, cuya propiedad corresponda al propietario de la cosa, y cuyo usufructo toque al usufructuario de ella, sino dos distintos derechos de crédito, ambos contra el responsable y proporcionales a la propiedad y al usufructo respectivamente (2). Su liquidación, naturalmente, ofrece dificultades, pero son las dificultades que hay siempre para valorar el usufructo, atendida la incertidumbre de su duración; mas esto no es una razón suficiente para obligar a usufructuario y propietario a que acumulen sus pretensiones y que dependa la satisfacción del uno, de la voluntad o de la posibilidad que tenga el otro de obtener satisfacción a las suyas.

---

(1) Cfr. sobre este punto PROUDHON, nn. 1.596-1.610.

(2) Así quedaba limitado en Derecho romano *pro parte ususfructus* el objeto de la *actio Aquiliana utilis* que el pretor había reconocido al usufructuario. Carecen de fundamento las dudas que PERNICE (ob. cit., XVII) ha suscitado respecto a la interpretación del mencionado pasaje. Cfr. GRUEBER, *z. Aquil. Klage d. Niessbr. u. d. Pfandgläub. (Archiv f. civ. Praxis,* t. LXXV, p. 303) y FERRINI, *La legitimazione attiva nell' actio Aq. (Riv. p. le scienze giur.,* XII, 161) quienes sostienen, de acuerdo con la inmensa mayoría de los intérpretes, que el objeto de la *actio Aquiliana* del usufructuario es el daño experimentado por la privación del usufructo. También PERNICE admite, por lo demás, la independencia de las acciones del propietario y del usufructuario. Y la separación entre unas y otras en proporción a sus respectivos intereses, está admitida de modo explícito en cuanto a la *actio furti:* ULPIANO, 46, § 1 *de furtis,* XLVII, 2; *fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse... proprietarius vero aget quanti interfuit eius proprietatem non esse substractam.*

Habría dependencia recíproca con sólo conceder al usufructuario facultad para promover, por sí, la acción correspondiente, a fin de obtener el usufructo de la cantidad lograda como resarcimiento total del daño (1); y no vale decir que esto constituye la continuidad y los resultados de aquella subordinación ínsita en las relaciones entre usufructuario y propietario, y que, estableciéndola o restableciéndola, se logra, más completamente que por otra cualquier vía, el resultado de reintegrar a su primitivo estado, el orden jurídico perturbado por la violación. A causa de ésta, se extinguen total o parcialmente la propiedad y el usufructo, según que la cosa quede destruída en todo o parte, y se extingue también la relación derivada de la coexistencia de tales derechos sobre la misma cosa, sin que este resultado, nacido de la condición patrimonial de aquéllos, pueda ser cambiado no contando con su voluntad. A más de esto, sólo en apariencia se reconstituiría la relación preexistente, porque la posición respectiva del usufructuario y del propietario de un inmueble, es sustancialmente distinta de la que ostentan el usufructuario y el propietario de la cantidad señalada como indemnización (2), cuya

---

(1) En tal sentido, PROUDHON, nn. 1.590 y ss. y LONGO, *Studi sull' actio legis Aq.* (Catania, 1889), ps. 53 y ss.

(2) PROUDHON encuentra una razón particular para aplicar su sistema cuando, en vez de ser condenado el responsable a que pague una cantidad determinada, se le condena a que reconstruya el edificio destruído, pues estima que en tal caso renacerían en las mismas condiciones de antes la propiedad y el usufructo del inmueble reedificado. Pero la obligación de reconstruír no puede específicamente llevarse a cumplimiento de un modo coactivo, sino que se resuelve siempre en el pago de una suma de dinero, ni es tampoco susceptible de una directa ejecución forzosa, por lo cual me parece difícil que el juez pueda y quiera dar esta forma a la condena (decir que puede hacerlo mejor en el caso de dolo que en el de culpa, es una afirmación que desconoce los principios más claros en materia de responsabilidad extracontractual); pero de todas suertes, no cabría que lo hiciera sin el requerimiento oportuno, y sin la voluntad del interesado, o sin el acuerdo entre los diversos interesados cuando haya más de uno, como ocurre en el caso de usufructo, en que existen el dueño y el usufructuario. Porque, insisto en ello, cada uno de los perjudicados tiene el derecho de que ingrese en su patrimonio un equivalente de lo que ha perdido, y el edificio destruído y el futuro edificio construíble son bienes cualitativamente distintos, entre los cuales no puede establecerse una relación de equivalencia si a ello se opone la apreciación subjetiva de los interesados. No hay más que un tipo de bienes que por encima de apreciaciones subjetivas, sea susceptible de sustituír a cualesquiera otros objetos o cosas: el dinero, que es el instrumento apto para

propiedad adquiere el usufructuario y en la que el propietario no tiene sino un derecho de crédito (1). También es de notar que en la liquidación del resarcimiento, el juez puede preferir, en vez de la entrega de una cantidad, la de una renta periódica debidamente asegurada (2) y éste puede ser el medio adecuado de indemnizar al usufructuario sin necesidad de una valoración aleatoria; pero no puede llegar al extremo de sustituír la satisfacción inmediata al propietario perjudicado con adjudicarle un crédito de largo e incierto vencimiento.

Esto no obstante, si el usufructuario es quien ejercita la acción de resarcimiento, al modo como está obligado a denunciar los agravios que se cometan contra el derecho del propietario, él mismo provoca la intervención de éste; y bien accione el usufructuario, o lo haga el propietario, el responsable está interesado en la comparecencia de ambos, para evitar así los perjuicios que se le puedan ocasionar si liquida los daños en juicios distintos. Usufructuario y propietario pueden ponerse de acuerdo y en virtud de él confiar el primero al segundo el crédito que le corresponda contra el responsable, y constituír un nuevo derecho de usufructo sobre la cantidad total de la indemnización. Si no pueden llegar a este acuerdo, hay necesidad de liquidar separadamente (3). En ningún caso, el hecho de marchar unidos para el cobro de la indemnización debe impedir que se valoren por separado los daños accesorios que uno y otro puedan sufrir por la destrucción de un inmueble según el destino

---

proporcionarnos bienes de toda especie. El usufructuario es quien más fácilmente puede tener un interés justificado en oponerse a la reedificación, cuyo retraso o lentitud podría hacer ilusorio su derecho de disfrute. No menos arbitrarias e inaceptables son las demás indicaciones de PROUDHON, que atribuye al propietario la facultad de emplear en la reconstrucción, aun sin el asenso del usufructuario, las cantidades obtenidas a título de indemnización.

(1) También desde el punto de vista económico puede ser considerable la diferencia, sobre todo, si el usufructo recae sobre cosas de fácil deterioro y el goce o disfrute de su importe no equivale en manera alguna al de su utilización directa. Por este motivo, aparte de otros, los redactores del Código alemán han rechazado la propuesta de ordenar legislativamente la sustitución del objeto del usufructo por el derecho a la indemnización; v. *Motive*, t. III, p. 509.

(2) V. SOURDAT, *Tr. de la responsabilité*, t. I, n. 132 bis.

(3) Los mismos principios deben aplicarse cuando el responsable de la destrucción sea el propio dueño; contra la voluntad del usufructuario, no es posible obligarle a que acepte, en concepto de indemnización, el importe total de la cosa y se comprometa a restituír dicha cantidad al extinguirse el usufructo.

particular que éste tuviera en la posición del usufructuario o del propietario (1).

236. Cuando haya de expropiarse por utilidad pública el inmueble usufructuado, no se comete un daño cuyas consecuencias requieran regulación legal; hay sólo un conflicto de derechos que la ley prevé. El propietario no tiene un derecho de indemnización subsiguiente a la expropiación, sino que la previa entrega del justiprecio es la condición para que pueda ser expropiado. No cabe, por consiguiente, estudiar la expropiación prescindiendo de la indemnización como fuente de efectos jurídicos; y en especial no cabe que con ella se disuelva necesariamente la relación que entre el usufructuario y el propietario establece la concurrencia de sus derechos sobre la cosa misma. Y por esta circunstancia no resulta ya anormal en este caso el sustituír la cosa destruída por el importe del resarcimiento; reemplazando el objeto con la cantidad que se paga por expropiar, recaen sobre dicha suma los derechos del usufructuario, y tenemos así el medio más económico y sencillo de fijar la proporción en que el justiprecio debe distribuirse entre el usufructuario y el propietario (a).

Dispone expresamente tal sustitución la ley de Expropiación forzosa de 25 de junio de 1865, que exige que se fije una cifra única en relación con el valor del dominio pleno del inmueble (2); en ella se reconoce el derecho del usufructuario para que, bien en vía administrativa, bien ante los Tribunales ordinarios, defienda sus in-

(1) Si el usufructuario se sirve del inmueble para una industria que él ejerce, tiene que entrar en la tasación del daño sufrido un elemento distinto del valor del inmueble, que es lo que debe indemnizarse al propietario; cfr. GRUEBER, *op. cit.*

(a) [El Código español da una solución muy equitativa al problema de la expropiación de la cosa usufructuada, sobre el que callan el italiano y muchos otros Códigos civiles. El propietario puede optar, según el art. 519, por subrogar la cosa con otra de igual valor y condiciones, o bien por abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo, afianzando en este caso el pago de los réditos.]

(2) V. los arts. 27, 29 y 52. Si la nuda propiedad del objeto corresponde al mismo sujeto que realiza la expropiación, en realidad puede decirse que lo expropiado es simplemente el derecho del usufructo. El art. 1.º habla tan sólo de la expropiación de derechos sobre bienes raíces, y, en este caso, resurge la necesidad de evaluar el usufructo y de satisfacer al usufructuario el importe de la indemnización.

tereses (1), tanto al fijarse el importe total de la indemnización, a fin de compensarle de la privación que sufre (art. 54), como después con el fin de asegurarle el percibo de la parte de indemnización que le corresponda (2); no tiene un simple derecho personal que ejercitar contra el propietario, pero si no llega a un acuerdo con él acerca de la indemnización, puede oponerse a que el dueño cobre (arts. 27 y 55) (3) y dirigirse contra la indemnización representativa del fundo expropiado (art. 52). De consiguiente, cuando se requiera la intervención de la autoridad judicial para proceder al reparto, en caso de discrepancia, no tiene facultades para valorar el usufructo y asignar al usufructuario una parte correspon-

---

(1) La indemnización se fija pactando solamente con el propietario; pero como éste puede hacer que el usufructuario intervenga, así también cabe que el usufructuario impugne judicialmente la conformidad prestada por el propietario, sin que por ello venga a interrumpirse el procedimiento de expropiación; véase SABBATINI, *Legge sulle espropriazioni per causa d'ut. pubbl.*, t. I, p. 316.

(2) En cambio, no puede el usufructuario determinar en interés suyo qué extensión haya de tener la expropiación, a diferencia de la facultad que al propietario concede la ley (art. 20) para pedir que en la expropiación entren las parcelas sobrantes, cuando sean tan exiguas que no puedan tener aplicación útil; no cabe admitir que el usufructuario tenga atribuciones análogas ni que el propietario haya de requerir su consentimiento para proceder en tales casos; véase SABBATINI, *op. cit.*, t. I, p. 270. Otro tanto puede decirse con respecto a la facultad, que el art. 41 otorga, de abandonar la parte del fundo que ha de recibir un beneficio con la obra proyectada, cuando el importe de dicho beneficio haya de rebajarse de la indemnización por justiprecio de la finca expropiable; *eod.*, p. 141.—Si el propietario ejercita el derecho de readquirir el fundo, según autoriza el art. 60, cuando no se haya utilizado para la finalidad pública a que se destinaba, no por ello renace el usufructo sobre la finca, sino que se mantiene el constituído sobre la indemnización (*eod.*, t. II, ps. 195 y ss.), a menos que el usufructuario haya secundado las pretensiones del dueño en punto a la reversión del predio. ¿Podrá el usufructuario pedir por sí dicha reversión, en caso de que no quiera hacerlo el propietario, y adquirir en tal concepto la finca en pleno dominio, pagando su precio íntegramente? A veces, se ha negado esto, pensando en quien tiene un interés permanente en la conservación del fundo y posee para ello las correspondientes facultades, que es preciso defender. Cabe aplicar también la construcción expuesta *infra* en el n. 297 y desarrollada en los ns. 332 y 335.

(3) El expropiante tendría que responder ante el usufructuario si hubiera pagado al propietario nudo, en vez de depositar la indemnización; y no le eximiría de tal responsabilidad la circunstancia de que el prefecto hubiese autorizado el pago; v. SABBATINI, *op. cit.*, t. II, p. 10.

diente de la indemnización (1), sino que ha de entregarla íntegra al usufructuario, quien queda obligado, al finar el usufructo, a devolverla al propietario (2).

Cuando sobre el fundo usufructuado impone la ley una servidumbre de acueducto, hay una expropiación parcial, tanto de la

(1) Esto es lo que sostiene PACIFICI-MAZZONI *(Distinz. d. beni,* etcétera, n. 294) fundándose principalmente en el art. 27 de la ley, a tenor del cual «debe el propietario indemnizar al usufructuario». En cuanto a la transformación del objeto, pasando el usufructo desde los bienes a su precio de indemnización, es cosa que dicho autor estima admisible, aunque la ley no lo diga expresamente; pero la realidad es que el art. 52 lo indica en cierto modo, pues con arreglo a él, el usufructo, una vez acordada la expropiación, se ejercita sobre la indemnización que ha venido a sustituír y representar al inmueble. V. en este sentido SABBATINI, *op. cit.*, t. II, ps. 81 y ss.

(2) La ley francesa de 3 de mayo de 1841 subordina taxativamente a la prestación de caución el derecho del usufructuario a exigir la indemnización oportuna; la única excepción se da en el caso del usufructo legal de los padres. La caución deberá prestarse, de acuerdo con los principios que he de exponer respecto al usufructo de créditos (v. los nn. 292 y 293), en forma que garantice al deudor de la indemnización. El T. de Apel. de Turín, en 21 diciembre 1881 *(Giur. tor.*, 1882, 196), reconoció el derecho del usufructuario para proceder por sí directamente a pedir la indemnización: salva siempre la obligación de afianzar «cuando no esté dispensado de ello por el testador o por ministerio de la ley».—Según el art. 39 de la ley citada, la indemnización se fija mediante criterios exclusivamente objetivos y en relación con el valor en cambio que la cosa posea, es decir, con el «precio justo que el inmueble hubiera obtenido de estipularse en régimen de libre contratación la compraventa». En varias de las leyes anteriores y en no pocas de las extranjeras, la indemnización debe comprender, por lo general, el resarcimiento del daño que con la expropiación experimenta la persona a quien se priva del fundo. SABBATINI *(op. cit.*, t. I, ps. 383 y ss.), fundándose en algunas expresiones del Dictamen suscrito por PISANELLI (que incluía en la indemnización la cantidad debida por la pérdida de una expectativa jurídicamente consagrada), sostiene que, además del precio del inmueble, la indemnización debe comprender el resarcimiento de todos los daños que tengan por causa directa la expropiación. Admitiendo este criterio, que por cierto no encuentra base en el art. 29 del Estatuto, sería natural distinguir dos partes en la indemnización convenida o fijada judicialmente, y el usufructo no se debería trasladar sino sobre la parte de indemnización que correspondiera al precio verdad del fundo, debiendo el resto repartirse (como el resarcimiento de un daño culposo) entre el usufructuario y el dueño (v. el número anterior) o atribuirse íntegramente, según las circunstancias, a uno o a otro de ellos. De todas suertes, es cierto, en contra de la opinión de SABBATINI (t. II, ps. 87-120), que, si en el inmueble hay frutos pendientes, la parte de indemnización corres-

propiedad como del usufructo; y como por un lado la ley ordena que se fije la indemnización relacionándola con el valor total de los terrenos ocupados (art. 603) (a), y por otra parte sobre estos terrenos, aunque modificados por la servidumbre, persisten tanto la propiedad como el usufructo y perdura respecto a ellos la dependencia en que el derecho de disfrute se halla respecto al de propiedad, es de justicia aplicar al reparto de la indemnización los principios que rigen para la expropiación por causa de utilidad pública y resolver que la indemnización está comprendida en el objeto del usufructo porque representa la compensación que se ofrece por la libertad que pierde el fundo (1). Pero aquí la ley reconoce expresamente un derecho al resarcimiento de los daños no comprendidos en el valor de los terrenos ocupados; derecho que el usufructuario puede reclamar en proporción al interés que él tuviera independientemente del propietario. De suerte que cuando el acueducto se conceda por menos de nueve años y la indemnización por ello se reduzca a la mitad (artículo 604) (b), no representa, indudablemente, el valor de capitalización de la privación que experimenta el usufructuario, y no puede ser compensado éste con el disfrute temporal de esta indemnización. Por consiguiente, y dentro de los límites de la indemnización, la autoridad judicial provee a satisfacer los derechos distintos del usufructuario y del propietario, atribuyendo a cada uno, en propiedad y sin condiciones, una parte de la cantidad, y hasta puede llegar a entregar al primero la cantidad entera.

El paso forzoso motiva también una indemnización, que puede consistir en una cantidad por una sola vez o, como comúnmente ocurre, en una prestación periódica, y de todos modos hay que con-

---

pondiente al valor de éstos no toca en plena propiedad al usufructuario, ya que él no adquiere la propiedad de los mismos sino al ser separados. También es exacto (contra la tesis de SABBATINI, *eod.)* que aun cuando el usufructuario haya realizado reparaciones extraordinarias, carece de título para pretender con tal motivo una indemnización especial por parte del expropiante, sin que se imponga otra solución por la circunstancia de haberse aumentado así el valor del inmueble; lo que el usufructuario conserva, desde luego, es el derecho a que el propietario le indemnice, obtenga o no este último compensación adecuada en la indemnización que percibe, habida cuenta del valor en venta del fundo expropiado.

(a) [Cfr. art. 88 de la Ley de Aguas, de 13 de junio 1879.]

(1) GIANZANA, *Le acque nel diritto italiano*, t. II, n. 29.

(b) [Cfr. el art. antes citado de la Ley de Aguas, que regula también la indemnización para el caso de servidumbre temporal.]

siderarla comprendida en el objeto del usufructo; pero no hay que apresurarse a generalizar este principio y aplicarlo a otros casos de indemnización por motivos de servidumbre legal; débese a que con el paso se produce un daño temporal que sólo el usufructuario tiene derecho a que se le indemnice (1); por el contrario, con la adquisición de la medianería del muro divisorio no se disminuye normalmente el derecho del usufructuario al disfrute, y la indemnización cede en beneficio exclusivo del dueño (2). Con ella, lo que se satisface es el precio del muro y del suelo, no la reparación de los daños que puedan derivarse de la adquisición de la comunidad; tanto de estos daños como de los provenientes de tapar las luces abiertas en el muro divisorio no puede pedirse resarcimiento al vecino que ejercita su propio derecho. El usufructuario tiene, sin embargo, facultad para exigir del propietario que le indemnice, aun cuando la modificación de las condiciones jurídicas del fundo que acarree este daño no ocurra por voluntad del dueño, ya que, al fin y al cabo, se le indemniza y la modificación cede en su provecho. Si además de la comunidad del muro, pide el vecino la propiedad del terreno existente entre el muro y la línea divisoria, como la ley le faculta a hacerlo cuando este espacio es inferior a metro y medio, el usufructuario debe participar de la indemnización del terreno de cuyo goce se le haya privado (3).

237. Dispone el artículo 596 del Código de Napoleón que el usufructuario goce del incremento que obtenga por aluvión el fundo usufructuado. En los trabajos preparatorios de nuestro Código no he encontrado rastro de los motivos que hubiera para suprimir este precepto, que había sido repetido en el artículo 521 del Código de las Dos Sicilias, en el 449 del Código parmesano, y en el 508 del Có-

---

(1) Cons. SABBATINI *(op. cit.*, t. II, ps. 235-239, 260-261 y 284) para todo lo relativo al derecho del usufructuario a oponerse cuando se trate de ocupar temporalmente la finca por causa de utilidad pública; así como para todo lo referente a la liquidación y abono de la indemnización a que la ocupación dé origen.

(2) PROUDHON, n. 480. Hay que poner en relación esta regla con la que atribuye al propietario la facultad de imponer sobre el fundo servidumbres que no perjudiquen al usufructuario.

(3) No debe seguirse una regla diversa en cuanto al usufructo de un patrimonio si se ha de considerar éste como la suma de los derechos creados sobre los diferentes objetos que lo componen; v. *supra*, nota 3 a la pág. 125, y más adelante el cap. IX.

digo albertino. Y según PACIFICI-MAZZONI, hay que considerarlo comprendido en el precepto general del artículo 494 (art. 597 Código Nap.), que atribuye al usufructuario el goce de cuantos derechos puede disfrutar el dueño (a); y lo razona, porque a falta de regla especial para el aluvión, no debe distinguirse, como hacen muchos comentaristas del Código francés (1), entre el aluvión y las demás clases de accesión fluvial, sino que debe aplicarse la disposición general, y reconocer que el usufructuario, como quiera que disfruta de los derechos de accesión que corresponden al propietario, puede extender el usufructo a todas ellas (2).

Realmente, tan difícil es imaginar la existencia de un derecho de accesión como coordinar sus consecuencias con el sistema de reglas del Código que determinan las facultades del usufructuario. En lo que denominamos derecho de accesión, no existe un poder concedido al individuo por el Derecho objetivo, sino que es manifiesto el influjo que éste ejerce inmediatamente en la esfera jurídica individual. En el llamado a la herencia hay un derecho a suceder, porque de su voluntad depende adquirir o renunciar a la sucesión; pero el propietario no tiene poder alguno en la adquisición por accesión, toda vez que ésta sobreviene sin y aun contra su voluntad, a virtud tan sólo de la ley que asocia a la propiedad y al hecho de la producción o incorporación de tierra, etc., este efecto jurídico (3). Si al derecho

---

(a) [El Cód. esp. no se refiere concretamente al aluvión, pero sí a la accesión en general, diciendo, en su art. 479, que «el usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada..., y en general de todos los beneficios inherentes a la misma».]

(1) En tal sentido, PROUDHON, *Us.*, n. 524; MARCADÉ, ad art. 597; AUBRY y RAU, § 204, nn. 39-42. En contra, DURANTON, t. IV, n. 580, y LAURENT, t. VI, n. 373.

(2) *Distinzione dei beni*, etc., nn. 465, 466.

(3) El propietario puede separar desde luego las cosas unidas por accesión, convertir los terrenos de aluvión en fundo aparte, demoler el edificio, y dar así a dichos terrenos, y a los materiales que componen la casa, una individualidad jurídica propia. Esto no significa que el efecto jurídico de la accesión quede sujeto a su voluntad: él no puede no ser propietario del edificio levantado en su fundo, pero la conservación o cesación de tales efectos depende del hecho material (conjunción física o económica) en que la accesión consiste. Además, el derecho de retener las accesiones o de impedir que se separen del predio no es la facultad de hacer efectivo, para beneficio propio, el hecho de la accesión, sino la forma que asume la defensa del derecho de propiedad, extendido a las mismas accesiones en virtud de este hecho.

de accesión no corresponde una actividad por parte del propietario que es su titular, menos aún puede concebirse que esta actividad la despliegue persona distinta de él. Por otra parte, el usufructuario, si la ejercitara, no podría adquirir la propiedad para sí de la cosa adherida, ni produciría tampoco la adquisición para el propietario de algo más ni distinto de lo que inmediatamente le confiere la ley. En el Código, se tratan, aunque separadamente, pero de un modo subordinado a iguales principios, el derecho de accesión consistente en lo que es un producto de la cosa misma y lo que se incorpora y une a ella (l. II, tít. II, caps. II y III) (a); mas si el disfrute del derecho de accesión por parte del usufructuario hubiese de significar el goce de lo adquirido por accesión, contra lo dispuesto en el artículo 479 (b), correspondería al usufructuario el usufructo, en vez de la propiedad, de los frutos; si el goce del derecho de accesión hubiera de representar la capacidad de obtener durante el usufructo cuantos beneficios asigna la ley al propietario a causa de la accesión, el usufructuario debería adquirir, al igual que la propiedad de los frutos, la propiedad, también, de todo lo que se incorpora a la cosa durante su usufructo.

Pero conviene que prescindamos de esa desgraciada teoría que ha llevado a POTHIER (1) y, guiados por él, a los legisladores francés e italiano (2), a reunir en una sola categoría la adquisición de los frutos (que cuando se separan de la cosa que los produce, adquieren individualidad jurídica y se convierten en objeto de derecho), y la ampliación del derecho de propiedad a las cosas que se incorporan a su objeto (3). El principio jurídico informante de las

(a) [En el Cód. esp. están reguladas en un solo capítulo (el II, tít. II, lib. II) las dos clases de accesión que la doctrina suele denominar *discreta* y *continua*.]

(b) [Art. 471 del Cód. esp.]

(1) *Dom. de propriété*, p. I, c. II, t. III (edic. Bruselas, t. V, p. 243).

(2) Los redactores del Código italiano, sin embargo, no incluyendo la accesión entre los modos de adquirir la propiedad, como hizo el Código Napoleón (art. 712), y subsanando así un defecto de clasificación que se ha reprochado mucho a dicho Código, se inclinan a una construcción más exacta, según la cual los efectos jurídicos de la accesión consisten en una modificación del objeto sobre que recae el derecho (c).

(c) [Lo mismo cabe decir del Cód. esp., puesto que ha seguido en este punto la pauta del italiano.]

(3) V. la crítica que hacen BECHMANN, *z. Lehre v. Eigentumserwerbe d. Accession* (1867) y GOEPPERT, *üb. d. organisch. Erzeugnisse*, ps. 87 y ss.

reglas sobre la propiedad de las cosas unidas es: que el derecho de propiedad tiene por objeto la cosa en su individualidad jurídica y no en el contenido que posea en el momento de ser adquirida; de modo que la cosa puede modificarse por asociación de nuevos elementos materiales sin que se altere aquella individualidad. Las cosas incorporadas, mientras permanecen en este estado, no tienen individualidad jurídica propia, y no pueden ser por sí mismas objeto de propiedad, puesto que forman parte de la cosa primitiva, porque el derecho de propiedad no se resuelve en tantos derechos distintos como elementos constitutivos tiene la cosa. A causa, pues, de la accesión, *no se adquiere un nuevo derecho de propiedad, sino que el objeto del derecho preexistente asume una mayor amplitud por obra de la ley* (1), y de esta modificación del objeto se beneficia también el usufructuario, que se halla en una relación independiente con la misma cosa que es objeto de propiedad. Si las cosas adheridas eran antes propiedad de otro, hay que distinguir según que fuesen parte del objeto de la propiedad, o si poseyendo una propia individualidad jurídica, constituían por sí mismas el objeto de dicha propiedad; en el primer caso sobreviene una modificación del objeto del derecho, modificación en perjuicio de la propiedad ajena y eventualmente del usufructo que esté constituído sobre la cosa; en el segundo, lo que se extingue es el derecho mismo de propiedad, como se puede extinguir también el derecho de usufructo.

No obstante el silencio del Código, es imposible, por tanto, dudar razonablemente del derecho que tiene el usufructuario al incremento derivado del aluvión que viene a formar una parte integrante del fundo; surge, sin embargo, la duda respecto a la avulsión, a la isla formada en el río, al cauce abandonado (a), porque pudiera

(1) Como va ocurriendo con el cuerpo orgánico a consecuencia de su desarrollo natural.

(a) [En Derecho español, a pesar de la dicción general del art. 479, opina el comentarista SCAEVOLA que no toda clase de accesiones pertenecerán al usufructuario. Para que éste disfrute de un *aumento* por accesión, es preciso, a su juicio, que este aumento o incorporación sea de la misma naturaleza de la cosa usufructuada, y se verifique inmediatamente a dicha cosa, y no fuera de los límites de extensión que ocupe en el espacio. Por no reunir el primer requisito, no favorecerá al usufructuario la edificación; y por no reunir el segundo, no le beneficiará la formación de isla (págs. 922 y sigs. de la 3.ª edic.). Esta doctrina tiene un fundamento poco seguro, y no está compartida por otros expositores. MANRESA (págs. 413 y 414) y DE BUEN (en la *Enciclop.* cit., pág. 592) entienden que no hay base para distinción ninguna, y todo aquello que se agre-

creerse que la isla y el álveo, más bien que accesiones que modifican el contenido de los fundos ribereños, son bienes nuevos y objeto de una propiedad nueva que la ley reconoce a los propietarios de los expresados predios; y que por ello debe reputarse una cosa distinta del fundo mismo, la porción o capa objeto de la avulsión, cuya posesión no está comprendida en la del fundo a que se adhiere, aunque tenga un derecho exclusivo el dueño del fundo a ocuparla y adquirirla (arg. art. 496) cuando transcurrido un año de la avulsión, prescriba el derecho de recuperar la mentada capa de tierra. De lo cual resultaría que ni la isla formada, ni el álveo, ni el terreno transportado por la avulsión, estarían comprendidos en el objeto del usufructo, y que el usufructuario no participaría del beneficio derivado de la propiedad que a los dueños ribereños se reconoce sobre estos nuevos bienes. Aun cuando parezca conforme con esta construcción la doctrina tradicional del Derecho romano (1), y no constituya una razón decisiva para repudiarla el estar agrupadas bajo el nombre común de derecho de accesión las reglas relativas a la formación de isla y mutación de cauce y las relativas al aluvión, no encuentro

---

gue por cualquier clase de accesión, a la cosa usufructuada, será disfrutado por el usufructuario.]

(1) ULPIANO, 9 § 4, D. *de us.*, VII, 1, aprueba la opinión de PEGASO, con arreglo a la cual debe admitirse el derecho del usufructuario sobre el aluvión, pero hay que negarlo en caso de nacimiento de isla.—De otra parte, POMP., 16, D. *de leg.*, 3.°, XXXII, sostiene que el legatario está obligado a restituír al fideicomisario el fundo, con más los aumentos producidos por aluvión o aparición de isla. ¿Bastará esto para que se hable de aquella variedad de opiniones que según GOEPPERT *(op. cit.*, § 4, n. 10) existe respecto a la calificación jurídica de las relaciones que la isla guarda con el fundo? V. POMPONIO, 30 pr. D. *de a. r. d.*, XLI, 1, donde se presupone que los derechos del comprador se extienden a la isla formada. Según COGLIOLO *(I diritti del creditore sull'isola nata nel fiume*, en los *Studi stor. e giur. per l'8.° cent. dell' Univ. di Bologna)*, la unión, sea física, sea intencional, legal o consuetudinaria de una cosa menor a otra mayor, atribuye aquélla al acreedor de ésta; en cambio, el derecho real sigue la individualidad física, no la individualidad jurídica del objeto. Por tanto, ni el usufructuario ni el acreedor hipotecario tendrían derecho alguno sobre la isla, a diferencia del fideicomisario, del arrendatario y del comprador (aun antes de adquirir la propiedad del fundo). A mi entender, no hay en los textos que se invocan elementos bastantes para justificar esta teoría. De todos modos, COGLIOLO reconoce que el principio en cuya virtud el derecho sobre la cosa principal se extiende a las accesiones, ha vencido a aquel concepto particular de los derechos reales, y ha sido consagrado respecto a las hipotecas por el art. 1.966 del Código civil.

tampoco en la diversidad de forma que reviste el aluvión, un fundamento decisivo para aceptar esto, y veo sólo en la supresión del artículo 596 del Código francés, un simple indicio de que los redactores del nuestro quisieron excluír toda distinción sobre la suerte jurídica de los diversos incrementos fluviales. Cierto que no hay en el incremento discreto de la isla, en el ostensible del álveo y en el súbito de la avulsión, igual necesidad jurídica que en el crecimiento continuo y lento del aluvión, para reputarlos parte del fundo (1), porque en este último no cabe señalar en qué punto y en qué momento comienza la posibilidad de un disfrute que vaya separado del disfrute del fundo; pero el mismo fundamento económico de hacer más fácil, beneficiosa y que estorbe menos la utilización de la propiedad ajena, existe para reconocer la propiedad al dueño del fundo en vez de atribuír la isla al Estado, en vez de atribuír el álveo al propietario del terreno ocupado por el nuevo cauce (como hace en su art. 563 el Código de Napoleón) (a) o en vez de autorizar al propietario del terreno avulso para reivindicar la posesión del mismo en el lugar adonde ha sido transportado (2), como hacía el Derecho romano. Excluír al usufructuario y reservar la accesión al dueño, implica la renuncia temporal de las ventajas derivadas de la unión de una y otra propiedad; en la mayor parte de los casos se entorpecerá el cultivo; o bien, para que éste sea posible al propietario, habrá que imponer al usufructuario la obligación de permitirle el

---

(1) Existe tal necesidad porque al cambiar la orilla cambia también el lindero, que no está determinado geométricamente con relación a un punto fijo, como sucedía con los *agri divisi et assignati* y con los predios *per extremitatem mensura comprehensi:* v. RUDORFF, *Gromatische Inst.* (en los *Schrift. d. röm. Feldm.*, t. II, ps. 285 y ss.). También el Proyecto de PISANELLI, que suprimía el derecho de aluvión, hacía independientes de la ribera de los ríos y corrientes los linderos de los fundos confinantes, como lo estaban al promulgarse el Código, y los ponía en relación con puntos fijos (v. la edición del Código con los trabajos preparatorios hecha por GIANZANA, t. III, ps. 185 y ss.).

(a) [Modificó este régimen la ley francesa de 8 abril 1898, según la cual el lecho de los ríos navegables o flotables, dejado al descubierto, pertenece al Estado, pero éste ha de proceder a su enajenación y el precio de la venta se distribuye entre los propietarios de los fundos ocupados por el nuevo cauce, a título de indemnización, en proporción al terreno perdido por cada uno de ellos.]

(2) LANDUCCI (*L'avulsio*, en *Archiv. giur.*, t. XXXI, p. 209) sostiene, de modo persuasivo y en contra de la opinión común, que nuestro Código admite también esa reivindicación, posible tan sólo en la *avulsio* por incorporación, no en la realizada por superposición.

paso por el fundo usufructuado y de que soporte otras varias limitaciones a su disfrute (1).

Una vez reconocido que subsiste el derecho del usufructuario después de la transformación de la cosa usufructuada (2), no puede discutirse tampoco su derecho a disfrutar de la isla formada por avulsión o circundación y a recobrar el terreno avulso.

238. Las construcciones y plantaciones hechas luego de comenzado el usufructo, forman también parte integrante del fundo, y a ellas se extiende el derecho del usufructuario, con mayor razón que la que hay para las accesiones fluviales, porque no puede separarse su posesión de la del predio sin ocasionar una grave limitación a ésta, que en muchos casos llegaría casi a desaparecer. Y como en nuestro Derecho vigente subsiste el usufructo a pesar de la transfor-

---

(1) Poco importa que la isla y el álveo hayan de considerarse en realidad como accesión de un inmueble a otro. En todo caso, según la construcción aceptada, lo que se agrega al fundo usufructuado es un inmueble de nueva formación, es decir, que no se hallaba antes en la propiedad de otra persona, aunque los elementos materiales que lo integran formasen parte allí de la propiedad sobre otro predio, y aquí del dominio público sobre el río o corriente. No hace falta observar que la incorporación de un fundo, o de parte de él (en el sentido estricto de parte homogénea con respecto al todo), a otro fundo distinto, no implica una accesión productora de efectos en las relaciones entre la propiedad y el usufructo que sobre los dos fundos se hallen constituídos por separado: quien tiene la propiedad de ambos fundos, puede unirlos desde luego, constituyendo una nueva individualidad jurídica (v. *supra*, n. 233); pero si uno de los interesados une al suyo el predio de propiedad ajena, no por ello modifica dicha propiedad, porque la unión realizada no altera la constitución física de los dos fundos, cuya separación resulta factible siempre. No significa una verdadera excepción de esta regla la disposición especial del art. 452, que no atribuye al constructor, cuando ocupe parte del suelo contiguo, la propiedad de dicho suelo, sino que convierte al juez en árbitro para que, resolviendo el conflicto entre ambos intereses, pueda concederle dicha propiedad si lo cree oportuno. El usufructuario no tiene medio de acogerse a tal disposición porque entre sus facultades legales no figura la de levantar nuevas construcciones, si bien se puede beneficiar de ellas en caso de hacerlas el propietario (véase el número siguiente). Si después viene a ser ocupada una parte del suelo usufructuado, el usufructuario debe ser admitido a participar de la indemnización, como en el caso de imponerse una servidumbre legal, aunque disfrutando tan sólo de aquella parte de la indemnización que corresponde al valor del terreno de que se le priva (véase el número anterior).

(2) V. *supra*, n. 233.

mación del objeto, no hay para qué reproducir aquella reserva que hacía el Derecho romano respecto a las construcciones que cambian sustancialmente la naturaleza del predio usufructuado en vez de ser un elemento accesorio de éste, y que, en vez de ser una ampliación del usufructo, producían la extinción del mismo, reservando al legatario del usufructo un derecho personal contra el heredero cuando éste era el constructor (1). El usufructuario debe indemnizar al propietario el mayor valor que con esta accesión adquiere su usufructo, con arreglo a los gastos hechos por éste, pues se halla en igual posición que la del propietario frente al tercero constructor, y el principio terminante del artículo 450 (a) acerca de la indemnización que el propietario debe al tercero, consagra implícitamente una prohibición general de enriquecimiento injusto que no puede tener mejor aplicación que al usufructuario cuando se beneficia a costa del patrimonio del dueño, por obras hechas durante el tiempo que media entre el nacimiento del usufructo y el momento de entrar en posesión del mismo (2). Más aún: la distinción que hace el artículo 450 respecto al propietario según sea de buena o de mala fe el poseedor (b), es de aplicar también en el caso del usufructuario; los derechos de éste no pueden ser perjudicados por el dueño en modo alguno (artículo 495), y violaría estos derechos una cualquiera actividad desplegada por él sobre la cosa que temporalmente queda a disposición exclusiva del usufructuario, como lo sería cualquier acto que modificara el contenido o el estado de la cosa aunque fuera útil, y singularmente cuando la alteración gravase el patrimonio del usufructuario obligándole a indemnizar. Por eso hay que reconocer en el último el derecho a exigir la reposición de la cosa en el estado en que se hallase al comenzar el usufructo, sin que ello varíe porque el propietario renuncie a la indemnización, pues éste no puede tratar de alterar a su arbitrio la forma y condiciones de la cosa constituída en usufructo, aun cuando lo estime ventajoso (3). Pero

(1) ULPIANO, 5, § 3, *quib. mod.*, VII, 4.

(a) [Art. 361 del Cód. esp.]

(2) PROUDHON, 1219 y ss.

(b) [V. arts. 362 y 363 del Cód. esp.]

(3) Si exige la demolición, puede el usufructuario hacer que la accesión cese; de lo contrario, perdurando por voluntad suya la incorporación de los materiales al suelo, el usufructo se extiende, aun sin voluntad suya, al edificio. De lo cual se desprende, entre otras cosas, que el usufructuario tiene derecho a la renta que el edificio haya producido antes de que él declarase su propósito de no derribarlo.

si de buena fe ignora el dueño la existencia del derecho limitativo del suyo, no puede ser de peor condición ni poseer menos derechos que los que frente al propietario corresponden a quien de buena fe posee la cosa en concepto de dueño. En razón a las causas que hayan podido impedir al usufructuario pedir antes la posesión, se le priva de optar entre exigir la demolición de las nuevas obras o conservarlas; las tiene que respetar e indemnizar al dueño. Para fijar la indemnización y la forma de satisfacerla, habrán de aplicarse por analogía las reglas que expondré más adelante acerca de las cargas que pesan sobre la propiedad; señalado que sea el valor de la indemnización, a elección del usufructuario y tomando por base el valor de los materiales empleados y el precio de la mano de obra, o bien el aumento de valor recibido por el fundo (artículo 450) (a), debe satisfacer los intereses al propietario, o, si satisface el capital, tiene derecho a que éste se le reembolse al concluír el usufructo (artículo 507) (b).

Si las construcciones y las plantaciones las hace un tercero luego de comenzado el usufructo, la accesión sólo produce sus necesarios efectos cuando se trate de poseedor de buena fe, porque no puede darse en este caso el derecho a exigir la demolición o destrucción, y al propietario corresponde indemnizar, aun cuando el usufructuario deba satisfacerle los intereses o anticipar el pago en la forma ya indicada. Ni en éste, ni en el caso de que las obras las haya realizado el propietario, de buena fe, se le puede permitir que las destruya después de indemnizado el constructor, porque si la cosa que recibe es distinta de aquélla sobre la que se constituyó el usufructo, no está menos obligado a conservarla en la forma en que la ha recibido, y obrando de otra manera violaría el derecho adquirido sobre las obras por el propietario. En cambio, si las obras se han realizado por un poseedor de mala fe, el usufructuario no puede privar al dueño del derecho a que sean demolidas e imponerle contra su voluntad que tome parte en el pago de la indemnización. Y si ejercita su derecho con independencia del propietario, y opta por conservar lo construído o plantado, asume completamente la obligación de indemnizar y se coloca para con el propietario, al terminar el usufructo, en la misma situación que si él las hubiera ejecutado (1). Las

(a) [Para el cómputo de la indemnización en Derecho español, véase el artículo 361 del Código y la sentencia del T. S. del 13 de abril, 1912.]

(b) [Cfr. art. 505 del Cód. esp.]

(1) V. sobre todo esto el cap. IV, § 2.

mismas reglas deben aplicarse a las obras realizadas por un tercero antes del usufructo, pues para adquirir derechos sobre ellas, hay que abonar al tercero la correspondiente indemnización, asegurada desde luego al poseedor de buena fe por un derecho de retención.

Contra la voluntad del llamado a beneficiarse de la accesión, no se puede acabar con ésta; pero la responsabilidad de quien derriba un edificio construído, no puede ir más allá de la diferencia entre el aumento de valor que el edificio da al fundo y la indemnización que incumbe al que se aprovecha de él, porque esta diferencia es la que representa únicamente el daño que sufren el propietario y el usufructuario por la demolición. Y en todo caso, el poseedor que por su buena fe no responde del perjuicio causado al propietario adueñándose de los frutos y menoscabando el fundo (1), con mayor motivo debe quedar exento de responsabilidad por el perjuicio que se haya seguido al modificar sucesivamente las medidas con que aumentó el contenido del fundo y separar las cosas que él mismo unió. El Derecho romano negaba al poseedor de mala fe el derecho a ser resarcido de las *utiles impensae;* pero admitía, y debía admitir, la separación de las cosas unidas, siempre que esto era posible sin que las cosas quedasen en peor estado que antes de la unión (2). En nuestro sistema legal vigente, que reconoce derecho a indemnización aun al poseedor de mala fe (a), siempre que el propietario conserve la obra ejecutada, se da únicamente al propietario facultad para elegir entre la retención y la demolición de la obra; y por lo tanto, la demolición arbitrariamente ejecutada por el poseedor, antes de haber elegido el propietario, representa un perjuicio sancionado asimismo con la obligación de indemnizar dentro de los límites establecidos (3). Y una vez admitida la obligación de indemnizar y la facultad de elegir que el usufructuario tiene también respecto al propietario, sería injusto negar la responsabilidad de éste en el caso de demolición arbitraria (4).

---

(1) ULPIANO, 31, § 3, D. *de her. pet.*, V, 3. Cfr. GLÜCK, ad l. VI. 588.

(2) ALEX., 5, C. *de r. v.*, III, 32; ULPIANO, 37, D. *de r. v.*, VI, 1. Cfr. GAYO, 7, § 12, 9 pr. D. *de a. r. d.*, XLI, 1.

(a) [No así en Derecho español; v. el art. 362 del Cód.]

(3) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, etc., n. 203.

(4) ALF. VAR., 12. D. *de us. leg.*, XXXIII, 2, prohibe al heredero demolir la casa que hubiera edificado en el fondo usufructuado si el usufructuario se opone al derribo, pero lo exime de toda responsabilidad si la demolición se efectúa antes de haberlo prohibido el usufructuario. Es de notar la afirmación rotunda del derecho que sobre las acciones se reconoce a este último, in-

239. ¿En qué casos se extiende a las canteras y a las minas el derecho del usufructuario? No puede contestarse a esta pregunta sólo con el texto del artículo 494, que le reconoce el disfrute de las minas y canteras en explotación al comenzar el usufructo, y le niega el de aquéllas que no lo estaban (a); hay que acudir a los principios diferentes en que la legislación minera vigente se inspira.

Para todas las leyes de minería que rigen entre nosotros, hay una clase de yacimientos minerales en que el propietario de la superficie del terreno tiene facultad ilimitada y exclusiva de explorar y extraer: únicamente el Motuproprio del gran Ducado de Toscana de 13 de mayo de 1788 (1), otorga al propietario el derecho sobre todos los minerales, sin excepción, que pueda extraer del propio suelo; el Rescripto toscano de 28 de octubre de 1856 (2), exceptúa los minerales de hierro; la ley napolitana de 17 de octubre de 1826 (3), reconoce el derecho exclusivo del propietario sobre los yacimientos de azufre y otras minas y yacimientos que no sean de metales, semimetalíferos o de combustible (4); el Edicto napoleónico de 9 de agosto de 1808 (arts. 6 y 7), la Patente austriaca de 23 de mayo

---

cluso con relación al dueño de los bienes. Si antes de oponerse el usufructuario se reconoce el *jus tollendi*, y se niega este derecho después de dicha oposición, la diferencia de soluciones puede explicarse, a mi entender (y no creo que la explicación sea demasiado aventurada), como una aplicación de la regla general según la que tal derecho cede siempre ante la voluntad expresada por el reivindicante de conceder una indemnización: v. CELSIO, 38, D. *de r. v.*, VI, 1; ULPIANO, 9, D. *de imp. in r. d.*, XXV, 1; debiendo deducirse, en consecuencia, que si quiere impedir la demolición, el usufructuario está en la obligación de indemnizar.

(a) [Comp. el distinto régimen del Cód. esp., arts. 476 y ss.]

(1) Vigente en la mayor parte de Toscana, excepto la provincia de Lucca, los territorios de Elba y Piombino y parte de la provincia de Massa y Carrara. Para una determinación precisa de la autoridad territorial de ésta y de las otras leyes mencionadas, véase BO y TAPPARI, *La legislazione mineraria in Italia* (Turín, 1890).

(2) Vigente en los territorios de Elba y Piombino.

(3) Vigente en la mayor parte del antiguo Reino de las Dos Sicilias.

(4) La ley de 1826 no derogó el Despacho de 8 de octubre de 1808 promulgado en Sicilia y que, reafirmando en abstracto el principio de la regalía, subordinaba a una autorización gubernativa la facultad de abrir nuevas explotaciones de azufre, reemplazando con un impuesto único el antiguo diezmo sobre el producto. Pero si en Sicilia se mantiene la necesidad de la licencia, y con ello se modifica el derecho atribuído a los propietarios por la ley de 1826, conserva también eficacia aquel principio, sancionado por ella, de que únicamente el pro-

de 1854 (§ 3.°), y la ley sarda de 20 de noviembre de 1859 (artículo 13) (1), sobre las turberas y sobre todas las minas y yacimientos que no sean de metales ni de combustibles; el Decreto de Lucca de 3 de mayo de 1847 (art. 2.°) (2), excluye también de estos grupos las turberas; el Decreto parmesano de 21 de junio de 1852 (art. 1.°) (3), excluye asimismo las canteras de mármol; el Derecho consuetudinario que, modificado parcialmente por disposiciones aisladas, continúa en vigor en la provincia de Massa y Carrara y en todo el territorio del antiguo Estado pontificio donde no ha sido promulgada la ley de 1859 (4), atribuye al dueño del terreno únicamente los yacimientos de cal, piedra común, creta, arena y otras sustancias semejantes (5) (a).

Conforme a la construcción jurídica corriente, los yacimientos minerales de esta clase se consideran como partes constitutivas del fundo y, por lo tanto, aunque se ignore su existencia o estén inexplorados, se adquiere la propiedad de ellos cuando se adquiere la propiedad del predio. No me parece esto una consecuencia necesaria del artículo 440 (b), que atribuye al dueño del suelo cuanto hay bajo la superficie del mismo; este artículo no deroga las leyes especiales de minería, a las cuales se remite el 431 del propio Código ci-

---

pietario pueda abrir nuevas solfataras y que no pueda concederse autorización para abrirlas en suelo ajeno.

(1) Vigente la primera en las provincias de Módena y Reggio; la segunda, en el Véneto y Mantua, y la tercera, en Cerdeña, Piamonte, Lombardía (excepto la provincia de Mantua) y las Marcas.

(2) Vigente en Lucca.

(3) Vigente en Parma y Plasencia.

(4) Por tanto, en las provincias de Bolonia, Ferrara, Forlí, Rávena, Roma Perusa.

(5) Cfr. DE LUCA, *Th. just. et ver.*, *De regalibus*, d. 147, n. 23. La opinión de DE LUCA era que el propietario pudiera libremente extraer, sin más que pagar al Fisco un canon, los minerales de categoría media, como hierro, plomo, mármol y azufre; pero semejante criterio está en abierta contradicción con los textos de las leyes pontificias; v. Cas. Roma, 18 octubre 1877 (*Legge*, 1878, 1, 176). En cambio, responde a la opinión corriente la mantenida en el texto respecto a los minerales de ínfima clase.

(a) [En la legislación española, el Estado cede las sustancias minerales de la 1.ª sección (canteras), al dueño de la superficie, quien puede considerarlas como propiedad suya; y sólo se reserva el derecho de conceder a tercera persona las de la 2.ª sección (turberas, etc.), si el dueño de la superficie no las explota por sí (Decreto-ley de 29 diciembre 1868, arts. 7.° y 8.°).]

(b) [Art. 350 del Cód. esp.]

vil (a), y como no impide ciertamente la exclusión del dueño de mucha parte del subsuelo, no debe acudirse a él para interpretar las leyes especiales y para deducir del reconocimiento de un derecho del propietario a excavar y hacer calicatas la sanción de una propiedad cuyo objeto es desconocido e indeterminado (1). Paréceme preferible estimar asociado indisolublemente al derecho de propiedad otro derecho exclusivo a investigar el subsuelo, siempre que las leyes no reconozcan la apropiación de los yacimientos minerales independientemente de la propiedad de la superficie, y la adquisición de la propiedad de los yacimientos que se abandonen después de descubiertos, pues estos yacimientos se agregan por accesión al fundo y se convierten en parte constitutiva de él. A esta construcción responden los términos, no sólo de la ley sarda (art. 130), sino los de la toscana (arts. 1.° y 2.°), que no asignan al dueño del suelo un derecho de propiedad, sino una simple facultad de explotación, la una sobre las turberas, canteras, arena y tierras metalíferas, y la otra sobre todos los minerales. En una construcción distinta sería inconciliable completamente lo dispuesto en el Rescripto sobre las solfataras sicilianas; si para la explotación de éstas es precisa autorización gubernativa, la propiedad no puede adquirirse sin ella y sin ser descubiertas.

Si con la invención nace la propiedad del yacimiento, la consecuencia es negar que el enajenante del fundo tenga derecho alguno sobre los yacimientos que se descubran después de la venta (2). Igualmente el descubrimiento hecho con posterioridad a la división de un fundo común sólo favorece al adjudicatario de la parte en que se descubra, sin que faculte para reclamar indemnización por ello (3). En cambio, en el estado actual de la legislación no se puede estimar que carezca de sanción el ataque al derecho exclusivo del propietario a explorar el subsuelo ni tampoco que por no dañar un derecho actual de propiedad ni permitir la reivindicación, escape al ejercicio de una acción de indemnización la apertura de galerías subterráneas, que penetren en el subsuelo del fundo e impidan al propietario adueñarse de las canteras y minas que allí se descubran (4).

(a) [Cfr. el mismo art. 350 y el 427 del Cód. esp.]

(1) V. a este propósito ABIGNENTE, *La proprietà del sottosuolo* (en los *Annali dell' agricoltura*, 1878).

(2) Cas. Roma, 16 diciembre 1885 (*ap.* ABIGNENTE, *op. cit.*, p. 244).

(3) Cas. Florencia, 28 marzo 1881 (*Legge*, 1881, 1, 692).

(4) A esta conclusión llega ABIGNENTE, *op. cit.*, c. X.

Los yacimientos minerales que una vez descubiertos son accesiones del fundo, únicamente pueden adquirir individualidad jurídica propia cuando su explotación sea factible mediante trabajos subterráneos. Sólo en este caso puede el propietario enajenarlos independientemente del fundo; los yacimientos que se explotan a cielo abierto no pueden ser adquiridos en propiedad con separación de la superficie, porque la voluntad privada no es suficiente para modificar la propiedad del suelo y constituír un derecho real con esta explotación minera; y el permiso del propietario para laborear en este segundo caso origina únicamente relaciones de obligación. Pero ni aun en el primero de venta separada constituye una propiedad definitivamente aparte de la del fundo, y la reunión accidental de ambas propiedades en unas mismas manos hace que resurja el carácter accesorio del yacimiento y que vaya comprendido en los actos de disposición del fundo que el propietario realice.

Conforme a los principios expuestos, los yacimientos minerales que el propietario tiene derecho exclusivo de investigar y explotar, no son partes constitutivas del fundo, pero llegan a serlo si ejercita este derecho, y vienen a entrar en el objeto del usufructo si hubiera usado de él antes de nacer dicho usufructo, salvo que mediante la enajenación separada de los mismos haya formado con ellos un objeto aparte. Y también en este caso si, luego de enajenar la propiedad de los yacimientos, se reune de nuevo a la del fundo, pues se reconstruye una individualidad jurídica que los comprende, y que íntegramente constituye objeto del usufructo; pero no si esa reunión ocurre durante el usufructo: basta que haya posibilidad de que perdure la separación del disfrute para que no necesite modificarse el contenido primitivo del objeto del usufructo. El derecho de explorar y explotar, no se transmite por el propietario al usufructuario con las facultades inherentes al disfrute del fundo, porque no puede ser ejercitado sin alterar total o parcialmente el destino económico que el propietario había dado al predio, y el laboreo de las minas por el usufructuario es una violación del derecho de propiedad, a la cual violación se aplican las sanciones de extinguir el usufructo, obligarle a reponer el fundo en el estado en que antes se encontraba o resarcir los daños, cuando no sea posible esto último; conclusión que se induce directamente de los límites generales impuestos al goce del usufructuario (1), y está explícitamente sancionada en el párrafo 2.º del artículo 494. Si el descubrimiento y laboreo de las minas

(1) En el cap. siguiente estudiaremos si hay o no razón para moderarla.

se comenzó antes de nacer el usufructo por el tercero que posee el fundo a título de dueño, existe una modificación del contenido jurídico y del destino de aquél, que sirve de base a los derechos del usufructuario, porque aunque el dueño no la haya querido, no la ha impedido. Pero si la invención y alteración las realiza un tercero durante el usufructo, no puede impedir el dueño que el usufructuario reivindique juntamente con el fundo la posesión de las canteras o minas, y que las disfrute, a menos de que sean susceptibles de disfrutarse por separado del fundo; porque el propietario no debe perjudicar el derecho del usufructuario a gozar del predio, y este goce se hace posible sólo mediante el disfrute de las minas a causa de las alteraciones que ha sufrido el fundo. Si la letra del artículo 494 niega al usufructuario derecho a las minas no explotadas al comenzar el usufructo, esto no se opone a lo expuesto anteriormente, porque sería incompatible con la protección a los derechos del usufructuario y con la persistencia del usufructo sobre la cosa transformada: lo que debe deducirse de aquella disposición no es más que lo dicho hace un momento: que el usufructuario no tiene derecho para realizar por sí mismo estos cambios. Finalmente el derecho del usufructuario y mantenerse en la posesión de la cosa, tal cual la recibió al comenzar el usufructo, obliga a que, durante éste, no pueda el propietario sin su consentimiento laborear minas a cielo abierto (1); la oposición de intereses que hay entre ambos, obliga a mantener constantemente inmovilizado el destino económico de la cosa (a).

240. La extensión y condición jurídica de los yacimientos en filones, que por lo general importan más a la industria minera, y

---

y para sentar una excepción en cuanto a las excavaciones parciales que no alteren el destino general del fundo.

(1) V. en este sentido CLÉMENT, *Ét. prat. sur l'usufruit*, n. 70 (París, 1890).

(a) [El Cód. esp. admite una importante excepción a la doctrina desenvuelta por VENEZIAN, que, por lo demás, la confirma como regla general. El usufructuario puede, según el párr. 2.º del art. 476, extraer piedras, cal y yeso de las canteras, a condición de que lo haga para reparaciones u obras que estuviere obligado a hacer o que fueren necesarias en la finca. Como en la palabra *piedras* van incluídas las silíceas, las pizarras, areniscas o asperones, granitos y basaltos, y como no hay razón para excluír las arenas y tierras arcillosas, entiende MANRESA que el Código permite la extracción de todas las sustancias de la primera clase comprendidas en el art. 2.º del Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868 (t. y edic. cits., p. 408).]

que no quedan al arbitrio del propietario del terreno, se regulan de una manera muy distinta en nuestras diversas leyes sobre la materia. La ley napolitana da derecho al propietario del suelo para explorar también las minas de esta clase, pero no de un modo exclusivo; y cuando descuida ejercitarlo, el Estado puede concederlas a otro, a condición de indemnizar al propietario, y por tiempo limitado (1). Según el Edicto de Napoleón y el Decreto parmense, todos los yacimientos de esta clase pertenecen al Estado, y éste no transmite la propiedad al hacer la concesión, pues ésta confiere tan sólo un derecho exclusivo de exploración y laboreo, de duración temporal y transmisible mediante previa autorización gubernativa (2). Según la ley sarda, el Decreto de Lucca y la Patente austriaca, al Estado pertenece asimisno el derecho exclusivo de disponer de esta clase de yacimientos mediante la concesión, que constituye una propiedad nueva, perpetua y transmisible, separada y distinta de la del fundo, aun cuando la concesión recaiga en el mismo propietario (3). El principio que informa las demás legislaciones vigentes es el de la

---

(1) Arts. 1.°, 2.°, 6.°, y 15 de la ley citada; los trabajos iniciados por el propietario o por el concesionario en un determinado fundo, pueden ser proseguidos, por lo demás, aun en los contiguos, siempre que en ellos no hubiera comenzado todavía la explotación, y a condición, naturalmente, de indemnizar a los dueños respectivos.

(2) Arts. 17 y 23 del Rescripto; arts. 11 y 43 del Edicto: la concesión no puede hacerse por más de cincuenta años. El Edicto (art. 25) quiere que en la concesión de minas ya conocidas se dé preferencia al dueño del suelo, y cuando se trate de minas denunciadas por vez primera, al inventor; el Rescripto (artículo 15) coloca en primera línea al descubridor, y en segundo lugar, al propietario.

(3) V. la ley sarda, arts. 15, 40 y 57; Decreto de Lucca, arts. 1 y 32; Patente austriaca, §§ 3 y 5. El nombre que usan para designar esta categoría las leyes de Cerdeña y Lucca es el de «minas» *(miniere)*; la Patente austriaca les llama «minerales reservados». Esta última llama «derecho de regalía» al derecho exclusivo del Estado, y no habla de «concesión», sino de «investidura». En las concesiones, según el art. 40 de la ley sarda y el 17 de la de Lucca, se debe dar preferencia al descubridor, y en segundo término, con arreglo a la legislación de Lucca, al propietario del suelo; la Patente (§ 52) otorga la investidura al primero, cronológicamente, de los que la solicitan. El derecho eminente del Estado puede dar origen al establecimiento de requisitos especiales para la transmisión de las concesiones por actos *inter vivos* (ley sarda, art. 15), y se deja sentir, no sólo en las cargas impuestas a los concesionarios, sino también en las disposiciones que ordenan la revocación de las concesiones mismas cuando se comprueba el abandono de la mina (ley sarda, arts. 96 y ss.; ley de Lucca, ar-

propiedad del Estado sobre estas minas; varia e incierta es la naturaleza del derecho creado con la concesión, y unas veces su duración es limitada y se asocia indisolublemente a la persona del concesionario; otras veces se aproxima por su contenido a un verdadero derecho de propiedad, que queda subordinado al derecho eminente del Estado (1). Por encima de esta diversidad está el principio, común a las legislaciones citadas (salvo la napolitana), de que el derecho a las minas es independiente de la propiedad del fundo bajo el que se encuentran (a). Poco importa, por tanto, que este derecho se haya concedido en su origen al propietario mismo o que más tarde lo haya adquirido; forma un elemento singular de su patrimonio al que el usufructuario del fundo no tiene ningún derecho. Los principios de la legislación napolitana, que es la que más se aproxima a la toscana, conducen a conclusiones distintas. Según hemos visto, para esta última las minas todas son propiedad exclusiva del dueño, y salvo el caso de enajenación separada hecha por éste, tiene el usufructuario derecho a poseer las ya descubiertas al nacer el suyo. En la legislación napolitana, son bienes sustraídos a la potestad del propietario del fundo las minas de sustancias minerales, semiminerales, hulla, asfalto, alumbre y sulfatos de base metálica; y cuando se separan del fundo, sin o en contra de la voluntad del propietario, a virtud de concesión gubernativa, carece de derecho sobre ellas

tículos 91 y ss.), o se conmina con la privación del derecho a seguir las excavaciones (§§ 240, 244 y 252 de la Patente).

(1) En una gran parte de la provincia de Massa, en las provincias de Bolonia, Ferrara y Rávena y en el territorio de Pontecorvo (del antiguo Ducado de Benevento) no existen en realidad normas legislativas respecto a la concesión de minas; y del derecho a favor del Estado, que la legislación de Este y la pontificia consagraban, dispone a su arbitrio la Administración. En la práctica actual suele ésta atenerse a lo dispuesto en la ley sarda. En la provincia de Forlí y en las de Roma y Perusa, regidas igualmente por el Derecho pontificio, los Decretos de 23 de marzo de 1865 y 17 de junio de 1872, reconociendo el derecho de los tenedores actuales sin necesidad de acreditar una concesión anterior, regulan las nuevas concesiones por lo que se refiere a los intereses del descubridor. En las canteras de mármol de los territorios de Massa y Carrara, existen diferentes disposiciones, especialmente la Notificación de 14 de julio de 1846, que aseguran la libertad de explorar los terrenos de dominio público y otorgan al descubridor la concesión a manera de censo perpetuo.

(a) [La legislación española de minería adopta el sistema del dominio eminente del Estado, sobre la base de la distinción del suelo y el subsuelo (v. arts. 5.° y sigs. del Decreto-ley de 29 diciembre 1868).]

el usufructuario del fundo. Pero forman parte constitutiva de éste y se comprenden también en el usufructo (1), no sólo cuando el propietario mismo haya comenzado desde un principio la explotación, sino también cuando antes de nacer el usufructo se reunen en unas mismas manos la propiedad del fundo y la concesión; porque sólo la inactividad del propietario motiva que se constituya y perdure mediante la concesión un derecho parcialmente independiente de la propiedad; y al extinguirse este derecho, subsigue la reintegración del fundo en la plenitud que le atribuye la ley. En cambio, como hemos dicho en el número anterior, cuando la reunión ocurre durante el usufructo, no se modifica el contenido primitivo del objeto usufructuado.

Las afirmaciones expuestas no contradicen ni limitan la aplicabilidad del apartado 1.° del art. 494, que sancionando el derecho del usufructuario a disfrutar de las minas, canteras y turberas en explotación al comenzar el usufructo, prespupone que estos bienes están comprendidos en él (a) o como accesorios del fundo o como bienes de existencia propia (2); y asimismo demuestran que el negar el apartado 2.° el derecho del usufructuario sobre las minas, canteras y turberas no explotadas, resulta inútil por lo que se refiere a regiones en que carece de derecho para explotarlas el mismo propietario (3). Pero además de las consecuencias ya expuestas sobre

(1) Incluso cuando se iniciaron en el fundo usufructuado y luego han penetrado en otros predios.

(a) [En el Cód. esp. sólo en casos excepcionales se reconoce al usufructuario derecho a los productos de las minas denunciadas, concedidas o en laboreo, existentes en el predio. V. arts. 476 y 477.]

(2) Que son bienes corporales equiparados a los inmuebles por la ley sarda, el Decreto de Lucca y la Patente austriaca (salvas las divergencias que resultan de las condiciones exigidas a las transmisiones *inter vivos* y por las consecuencias que lleva consigo el abandono); según el Edicto napoleónico y el Decreto de Parma, la equiparación es con los derechos análogos a los enfitéuticos sobre cosas de dominio del Estado (no públicas), cuyo usufructo se regula por los principios que he de exponer en el § 6 de este capítulo.

(3) Se explica la expresión genérica del art. 598 del Código Napoleón, teniendo en cuenta que, al ser promulgado dicho Cuerpo, regía la ley de Minas de 1791, donde se confería al propietario del suelo un derecho ilimitado sobre los yacimientos que no estuvieran a mayor profundidad de cien pies, y una preferencia en la concesión de todas las demás minas. Lo que no se explica es por qué ha pasado sin alteración al art. 510 del Cód. Albertino, al 451 del de Parma y al 494 del nuestro, siquiera durante la preparación de este último se

el alcance del párrafo 2.º respecto a los yacimientos cuyo monopolio tiene el propietario, y a las limitaciones que el mismo impone en punto al derecho de goce del usufructuario, también puede inferirse de él la exclusión del usufructuario universal (a) en la participación de los derechos que para explorar se conceden a su causante y que, como derechos transmisibles (aunque sea mediante la previa autorización gubernativa, con lo cual algunas legislaciones vigentes reconocen una cierta prioridad para conseguir la concesión), deben, indudablemente, considerarse como elementos constitutivos del patrimonio cuyo usufructo le ha sido legado. El usufructo de estos derechos debe encerrar la facultad de ejercitarlos, y, por consiguiente, la de explorar con la perspectiva de lograr el disfrute de la concesión. Pero si la brevísima limitación temporal que se les asigna no hace jurídicamente incompatible la coexistencia del usufructo y de la propiedad sobre ellos, el reconocimiento de una preferencia dividida entre propietario y usufructuario en punto al derecho de investigación es económicamente incompatible con el ejercicio de una actividad independiente por parte del usufructuario. O en otros términos, cabe concebir que una persona distinta del titular a que pertenece el derecho, ejercite el de investigar con la obligación de restituír o el derecho mismo (cuando no quede agotado en el término asignado a su ejercicio), o la prelación consiguiente al descubrimiento (con el fin de asignar al titular la propiedad); pero en la perspectiva de obtener el usufructo de la concesión no hay un estímulo suficiente a la actividad y a los gastos necesarios de busca y no puede esperar el titular del derecho de exploración o sondeo que un usufructuario invierta trabajo y capital para asegurarle en primer término a él el beneficio eventual de la concesión. El ejercicio por parte del usufructuario del derecho a investigar perjudicaría las expectativas de los herederos; y por otra parte, a más de una incompatibilidad económica, hay una incompatibilidad jurídica en atribuír al usufructuario universal el usufructo de la investidura si los trabajos de sondeo están reservados a los herederos, y si, por consiguiente, la adquisición de la preferencia en la misma se debe a un

---

manifestara el propósito de extender a toda Italia la legislación de Minas de Toscana (v. el proyecto PEPOLI, de 18 de marzo de 1862, en las *Atti della Camera*, 1862, p. 3.483).

(a) [En el Cód. esp. el caso de usufructo universal es uno de los que señala el art. 476 como excepciones a la regla de que el usufructo de un predio no se extiende a las minas exist entes en el subsuelo del mismo.]

acto posterior al comienzo del usufructo y que dependa exclusivamente de la voluntad o de la actividad de los mismos herederos (b).

241. Luego de haber tratado de lo que es y lo que llega a ser parte constitutiva del fundo usufructuado, permítasenos unas cuantas palabras sobre la *pertenencia*, esto es, sobre las cosas que tienen y conservan una individualidad jurídica propia, pero que por destinarse permanentemente a la utilidad del fundo corren la suerte reservada a éste (1). La cualidad jurídica de «pertenencia» depende del hecho de que se destinen cosas muebles para el uso y servicio de un fundo, con lo cual quedan aquéllas sujetas legalmente a las normas que rigen la adquisición y transmisión de los bienes inmuebles. La cualidad de «pertenencia» la da y la quita el propietario, pero solamente cambiando el destino de la misma o mientras conserve tanto el fundo como los bienes muebles en su propia figura, o transfiera a personas distintas la propiedad o el usufructo del fundo y de las cosas destinadas al servicio de él. En tanto que el propietario no quiera esta separación, subsisten los efectos jurídicos del destino anterior, y el contenido del fundo, cuando de él dispone, viene a ampliarse con todas las pertenencias, aun sin su voluntad, esto es, sin que sea preciso averiguar si al disponer del objeto tuvo presente el contenido resultante de aquel destino. El propietario es dueño de sacar del fundo el ganado de labor y los aperos de labranza, como lo hace al arrendarlo cuando el arrendatario se empeña en cultivar el fundo con sus propios medios; pero si cuando lo vende o cuando se abre la sucesión no lo hace, ni tampoco varía el destino, cediendo en favor de otro o reservándose para sí o sus herederos el ganado y los aperos, el adquirente o el legatario de la propiedad o del usufructo del fundo adquiere la propiedad o el usufructo del ganado o de los aperos, aun cuando el dueño no haya pensado en transmitirlos.

(b) [El Cód. esp. hace la declaración de que «la calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados en la forma y condiciones que la misma ley establece» (art. 478); pero claro es que no por ser usufructuario disfruta de preferencia alguna sobre el nudo propietario ni siquiera sobre cualquier tercero que anticipe su solicitud.]

(1) Sobre el concepto de *pertenencia*, véase, sobre todo, UNGER, *Oesterr. Privatr.*, § 55 (a).

(a) [V. FERRARA, *Trattato di Dir. civ. ital.*, vol. I, págs. 778 y sigs.]

Por otra parte, como quiera que el Derecho vigente asigna la calidad de inmuebles por destino, y por consiguiente, de pertenencias a todas las cosas cuyo empleo está asociado y subordinado al del fundo, por lo general no carece de medios el usufructuario para disfrutar del fundo sobre el que recae su derecho, y desaparece el fundamento principal del principio romano (1) que daba al legatario del usufructo de un fundo el derecho a exigir aquel *instrumentum fundi* que no tenía carácter de pertenencia y sobre el cual no podía, por tanto, formular pretensión alguna el legatario de la propiedad (2). El *instrumentum* tenía un sentido más amplio que los bienes inmuebles por destino; pero no hay pretexto alguno en el Derecho vigente para mantener aquel criterio; la índole del usufructo y la diferencia entre esta relación económica del usufructo y la que mantiene con los bienes quien los adquiere en plena propiedad, no permiten inducir la voluntad del constituyente de facilitar al usufructuario medios que no están implícitamente comprendidos en la transmisión del dominio pleno, y encaminados a que económicamente sea más ventajoso el disfrute temporal. Por ello, el legado o la venta del usufructo de un taller no otorga al usufructuario el derecho de disfrutar de los materiales que, aunque sean necesarios para el disfrute del mismo, no los ha colocado el propietario allí con este destino, y sobre los cuales no podrían ejercitar derecho alguno ni el legatario ni el comprador de la propiedad del taller (3). Son

(1) ULPIANO, 9, § 7, 15, § 6, D. *de usufr.*, VII, 1.

(2) PAULO, 21, D. *de instrum. leg.*, XXXIII, 7.

(3) Para el ejercicio de la industria son tan necesarios como los mismos materiales los fondos en dinero; pero el efectivo metálico no puede nunca considerarse como una pertenencia jurídica del inmueble en que la industria funciona, pues falta por completo un signo exterior que dé a conocer el nexo de dicho capital con la industria y, por tanto, es imposible acreditar la dependencia en que se halla con respecto a la empresa asentada en el inmueble. Con estas indicaciones basta para rechazar enérgicamente la propuesta de VALENTI, *L'agricoltura e la classe agricola nella legislazione italiana* (Roma, 1843), p. 23, que consiste en reemplazar la enumeración incompleta y meramente enunciativa del art. 413 por la fórmula «todo el capital fijo y circulante del establecimiento». Por consiguiente, creo que es arbitrario conceder al usufructuario las facultades que PROUDHON (n. 1.143) le otorga cuando faltan elementos necesarios y resulta imposible la marcha del taller, pues aunque dicho autor estime que el usufructuario puede reclamar entonces, aunque sea contra pago total, la cesión de los elementos indispensables, me parece inadmisible, y considero inexacta la argumentación que hace aquel escritor sobre la base del art. 1.778 (Cód. ital., art. 1.626): el arrendador tiene derecho a que el arrenda-

una consecuencia de la naturaleza de su derecho la incertidumbre de la posición del usufructuario y las dificultades que puede acarrearle la desproporción entre el beneficio que origine el aprovechamiento temporal de la cosa y los gastos que haya de satisfacer para conseguirlo, que pudieran llegar a equipararse a los exigidos para establecer un aprovechamiento de ilimitada duración; cabe indudablemente que quien constituye el usufructo amplíe éste al capital que exija la utilización de la cosa, pero no cabe con simples presunciones deducir esta ampliación porque sobre la cosa se ha concedido el usufructo en vez de la propiedad, aunque sea con ánimo liberal (1).

242. El derecho del usufructuario no sólo comprende los elementos constitutivos del fundo y sus pertenencias, sino que se extiende también a las servidumbres de que disfrute el fundo usufructuado, y cuya posesión puede reivindicar y defender contra cualquier ataque. Únicamente se exceptúa el caso de que la unión entre la servidumbre y el fundo esté limitada por una *personae demonstratio,* de suerte tal, que el ejercicio de ella esté condicionado a la existencia de una persona determinada. Si concedo el paso por mi finca al vecino, para que lo disfrute él solo, se extingue a su muerte la servidumbre, y no puede aprovecharla un legatario suyo de usufructo; si se constituye éste *inter vivos,* queda en suspenso la servidumbre mientras él dure, y resurge al consolidarse el dominio. Ante los términos del artículo 494 (a), según los cuales, «el usufructuario disfruta del derecho de servidumbre lo mismo que el propietario», no cabe duda que existe un usufructo de la servidumbre comprendido en el usufructo del fundo y deducir de ello que el usufructuario, con independencia del propietario, puede pretender o defender para sí mismo la posesión de la servidumbre (2). Este principio es

---

tario explote el negocio como un buen padre de familia y, por tanto, a que sea posible continuar su funcionamiento al terminar el contrato.

(1) Para el análisis de las cuestiones referentes a la extensión de las pertenencias inmobiliarias, véanse los estudios sobre la distinción de bienes y sobre la propiedad.

(a) [Cfr. el art. 479 del Cód. esp.]

(2) Así también en Derecho romano, aunque en vez de conceder una *vindicatio servitutis utilis* al usufructuario, se prefiera incluír en la *vindicatio ususfructus* la defensa de las servidumbres en favor del usufructuario (véase el t. I, p. 92, nota 2).

aplicable lo mismo a las servidumbres constituídas con anterioridad al usufructo, que a las que se constituyan en el instante de nacer éste, porque dos fundos, destinados uno al servicio del otro por el propietario común, pasen a ser propiedad de personas distintas.

En cambio, si se mantiene la reunión de la propiedad de los fundos en la misma mano, no queda asegurado al usufructuario el disfrute de una servidumbre porque sobre uno de los predios se constituya un usufructo: no puede haber servidumbre sobre cosa propia, y, por tanto, el usufructuario del supuesto fundo dominante no puede pretender el usufructo de una servidumbre sobre el presunto predio sirviente si ambos son del mismo dueño. Pero no queda por ello abandonado al capricho del propietario el modificar el destino dado a los bienes, durante el usufructo, y privar así de un beneficio al usufructuario; porque a virtud del principio mismo que rige para que éste haya de satisfacerse con el estado en que se encuentre la cosa al comenzar el usufructo, se le asegura el derecho a obtenerla en este estado, y el de impedir que se modifique en su daño. Por consiguiente, el usufructuario tiene un derecho personal de obligación que puede alegar contra el dueño, para impedir o hacer que desaparezca la modificación y mantener así la persistencia en su destino del otro fundo al servicio del usufructuado en tanto pertenezcan al mismo dueño, con lo cual asegura también en su beneficio la constitución de la servidumbre cuando se divida la propiedad. Análogamente, cuando se reunen durante el usufructo la propiedad del fundo sirviente y la del dominante, queda extinguida la servidumbre por confusión, y el derecho de usufructo sobre la servidumbre se transforma en un derecho de obligación respecto al propietario. Por otra parte, no creo que la obligación del propietario de conservar el destino de uno de los fundos en beneficio de otro (del usufructuado), pueda ampliarse al caso en que, dividiéndose la propiedad, este destino no engendrara la constitución de una servidumbre: al caso, pues, de una suerte de sujeción que constituya el contenido de una servidumbre discontinua o no aparente (1). Para sostener la tesis contraria, el recurrir al artículo 495, que prohibe al

(1) La posibilidad de constituír por destino del padre de familia las servidumbres discontinuas y no aparentes es la tesis sostenida por SALA CONTARINI, *La destinazione del padre-famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediali in diritto romano* (Girgenti, 1895), p. I, c. III. Para la tesis contraria, que es la predominante en la jurisprudencia y en la doctrina, véase especialmente SIMONCELLI, *La destinazione del padre-famiglia* (Nápoles, 1886), c. VI,

dueño perjudicar en cualquier forma los derechos del usufructuario, sería una petición de principio; porque esto es precisamente lo que habría que demostrar (y me parece muy difícil): que si no aparecen signos exteriores y visibles, ni media tampoco una manifestación de voluntad que modifique la condición jurídica de los predios, el usufructuario tiene derecho a que aquéllos se conserven en semejante relación recíproca de dependencia cuando la propiedad de los mismos pase a otras personas.

Los derechos personales derivados del arrendamiento del fundo van inherentes al mismo; y así como el usufructuario está obligado por el arrendamiento que pactara el propietario, de igual suerte puede, con independencia de éste, ejercitar los derechos que le corresponden respecto al arrendatario, cuando no sean correlativos de obligaciones que debieron cumplirse antes de comenzar el usufructo. En uno de los párrafos siguientes habré de ocuparme de cómo ha de entenderse este ejercicio de derechos a título de usufructuario, y cómo se concilian con la persistencia del vínculo obligatorio entre dueño y arrendatario. Otro derecho de obligación inherente a la propiedad es el de indemnización debido a ésta por el concesionario de una mina que radique en el fundo; compensación, como hemos visto, admitida únicamente por la legislación napolitana, y que es un reconocimiento del derecho fundamental del propietario sobre los minerales y debe quedar claramente diferenciado del derecho a resarcir los daños que causan la explotación y laboreo de las minas; éste, como derivado de la infracción o privación parcial del usufructo, corresponde al usufructuario en concepto de derecho propio, no siendo cosa distinta de lo que ocurre con el pago en caso de expropiación por utilidad pública. Alguno de los comentaristas de la ley minera francesa (1), que reconoce también derecho a compensación, distingue según que la concesión se haga antes o después de iniciarse el usufructo; y en el primer caso, otorga al usufructuario derecho a participar en la indemnización, que viene a sustituír

---

y RICCOBONO, *La destinazione del padre-famiglia in diritto romano* (en la *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1896) (a).

(a) [En Derecho español la doctrina del art. 541 o del signo aparente, es aplicable sólo a las servidumbres aparentes; pero no parece que haya que distinguir, para estos efectos, entre servidumbres continuas y discontinuas. Así lo juzgan MANRESA (pág. 637) y SCAEVOLA (t. X, pág. 392 de la 3.ª edic.).]

(1) V. DALLOZ, *Rép.*, v. *Mines*, n. 115, y los autores que cita.

al beneficio que hubiera obtenido el usufructuario si el dueño mismo hubiese descubierto la mina; y si es posterior, como los minerales no pueden estar comprendidos entre los bienes cuyo goce tiene el usufructuario, tampoco puede estar comprendido lo que los sustituye. Pero aun en la primera hipótesis no podría ampliarse a la compensación el derecho del usufructuario más que cuando ésta revistiera la forma de una prestación periódica; en cambio, cuando el dueño tenga derecho a una cantidad alzada en concepto de precio de la separación de mina y fundo (que es lo que ocurre en la legislación francesa, y con arreglo a la vigente en el antiguo reino de las Dos Sicilias) (1), no existe un *derecho que subsista inherente* al fundo; tal derecho se extingue al pagar el precio, y el objeto del usufructo se fija desde el principio excluyendo la mina.

243. Están comprendidos asimismo en el objeto del usufructo constituído sobre un fundo, los derechos a la toma de agua, bien a título de antigua posesión o bien en concepto de nueva concesión administrativa (2), así como los derechos exclusivos de pesca que se hayan constituído a tenor de leyes anteriores y respetados por la de 4 de marzo de 1877 (3), cuando están asociados a la propiedad de un fundo (4). En cuanto a la facultad de pescar y de impedir que lo hagan otros llegando a la orilla de los ríos y corrientes no navegables ni flotables o permaneciendo en ellas (5), *carece de carácter*

(1) V. la ley de Minas del año 1810, arts. 18 y 42, y el Decreto de 3 de octubre de 1875 para la aplicación de la ley napolitana, arts. 5 y 9.

(2) V. GIANZANA, *Acque privati* (en el *Digesto ital.)*, l. II, tít. I.

(3) Cfr. MARTINELLI, *La legge sulla pesca*, nn. 224 y ss.

(4) De igual manera que éstos, verdaderos derechos de uso privilegiado sobre cosas públicas, deben considerarse como inherentes al fundo los derechos de obligación nacidos de un consorcio para fines de irrigación, desagüe o saneamiento. V. en el § 6 de este capítulo la determinación general del concepto de ejercicio de derechos por el usufructuario y sus aplicaciones a esta especie de ellos. La derivación de aguas públicas puede también concederse a un no propietario. En tal caso hay un derecho independiente de uso privilegiado, que va comprendido en el usufructo del patrimonio.

(5) Respecto a los ríos y corrientes navegables o flotables, no están en posición privilegiada los propietarios ribereños en cuanto al derecho de pesca, porque no sólo puede cualquier persona tener acceso libre al mismo río, para poder pescar en un trayecto de la corriente, sino que las mismas márgenes de propiedad privada quedan sujetas a la servidumbre pública de camino de sirga, reconocida en el art. 534 del Cód. civ. y confirmada por el art. 144 de la ley de

de derecho distinto del de posesión y disfrute exclusivo que corresponde tanto al propietario como al usufructuario del predio ribereño, porque no implica el aseguramiento de una *facultad sobre cosa distinta del fundo* (1). La captura de animales que viven en aguas públicas es una facultad que se atribuye a todos; la de ocupar el fundo es una facultad concedida al que disfruta del mismo. Otro

---

Obras públicas (no introducida ni restringida por esta disposición, que sólo habla de ríos navegables, pues hace referencia a las leyes y costumbres existentes); servidumbre que asegura al público el uso de las aguas no privadas, incluso para los fines de pesca. La servidumbre mencionada no está destinada únicamente a las necesidades de la navegación; así lo ha declarado el T. de Cas. de Roma en 6 de marzo de 1890 (*Legge*, 1890, 1, 759).

(1) Admitiendo esa facultad, resultarían dos consecuencias: 1.ª, los propietarios tendrían derecho a que las aguas se mantuvieran en forma adecuada para hacer posible la pesca; pretensión que pueden desde luego reclamar judicialmente los titulares de un derecho exclusivo de pesca, siempre que no se trate de variaciones ordenadas administrativamente por razones de conveniencia general; el derecho de uso privilegiado de una cosa pública no tiene el carácter de un derecho absoluto, sino que está subordinado a la necesidad de defender el uso general. Los propietarios que no tengan como derecho especial y exclusivo el ejercicio de la pesca, sino que disfruten de ésta como si fuera facultad inherente el goce de su fundo, pueden, desde luego, como interesados que son, reclamar administrativamente que se dicten y guarden las disposiciones precisas para asegurar el ejercicio de la pesca, como la desviación de las aguas contaminadas, la colocación de planos inclinados o de escaleras de acceso a los desniveles que se forman en las presas, etc. (v. el Reglamento de 10 de junio de 1880 sobre la pesca fluvial, art. 6.º), pero carecen en absoluto de derechos alegables ante la autoridad judicial.—2.ª, entre los propietarios de ambas orillas debería repartirse el agua de modo que se determinara en qué sector puede cada grupo ejercitar su derecho de pesca; en cambio, el conflicto entre ellos se resuelve a favor del primer ocupante (art. 12 del citado Reglamento).—La doctrina francesa, que reconoce el derecho de pesca en todos los ríos y aguas no navegables ni flotantes, y lo construye como un derecho de uso, una servidumbre o una extensión de la propiedad del fundo—toda vez que esas aguas no son de dominio público según el Código francés—(v. PROUDHON, *Domaine public*, números 1.247 y ss., y DALLOZ, *Rép.*, v. *Pêche fluviale*, n. 13), no deduce sin embargo la primera de las conclusiones que dejamos sentadas; pero está amparada por la ley de 15-24 de abril de 1829, cuyo art. 2.º establece expresamente el derecho de pesca y lo regula trazando por el centro de la corriente la línea divisoria entre los propietarios ribereños. Es natural, por lo demás, que partiendo de la idea de que la pesca es un derecho del Fisco en los ríos navegables (art. 1.º de la citada ley), se llegue a la consecuencia de que la pesca constituye un derecho que cualquiera puede ejercitar cuando cesa la razón que lo reservaba al Estado.

tanto puede decirse de la caza (a), que no es un derecho particular cuya posesión pueda pretender el usufructuario, sino que está comprendido en el disfrute exclusivo del fundo, así como lo está el impedir que entre en el fundo para cazar ninguna otra persona, aunque sea el mismo propietario (1). No puede construirse un derecho accesorio del fundo con la facultad de pescar en aguas que no estén declaradas públicas por el art. 427, esto es, en las corrientes naturales o artificiales que no sean ríos o torrentes (b). Las corrientes artificiales o modificadas por obra del hombre forman parte del fundo adonde conducen el agua (art. 412), y si ésta va dirigida a varios fundos, es o puede ser (2) propiedad común de los dueños de estos fundos y constituír una comunidad necesariamente indisoluble. Las corrientes naturales de agua que bordean o atraviesan varios fundos (art. 543) tienen esta misma cualidad, según la opinión dominante, aun cuando se hallen sujetas a la vigilancia de la autoridad administrativa. La pesca es una de las formas de aprove-

---

(a) [Nuestra ley de Caza, de 16 mayo 1902, atribuye el derecho de cazar al usufructuario cuando el usufructo se halle separado de la propiedad (art. 14).]

(1) Reservar al propietario la caza, es, por tanto, la consecuencia mediata de la defensa otorgada al uso exclusivo del fundo. Y esto sucede lo mismo si se impide cazar en el predio ajeno «contra la prohibición de su dueño», que cuando simplemente se impide cazar «sin el consentimiento del propietario». La segunda fórmula es la acogida por la ley francesa de 3 de mayo de 1841, y, entre las leyes nuestras aún vigentes, en la de Módena, de 6 de febrero de 1815; en las demás regiones de Italia se requiere el previo consentimiento expreso cuando se trata de fundos cerrados, y también en la mayoría de ellas, aunque con leves variantes, cuando se trate de predios sembrados o en que haya frutos pendientes. En cuanto a los demás fundos, y por encima de las normas particulares propias de las diferentes leyes, prevalece el principio proclamado por el art. 712, que declara derogados cuantos preceptos limiten el derecho del dueño para decretar la prohibición (Cons. de Estado, 22 marzo 1875, *Legge*, 1876, 2, 28). Se explica que la caza sea libre donde no haya mediado prohibición: y la mejor explicación no es la que invoca una presunta renuncia del propietario a tal derecho de impedir la caza; la verdadera base debe verse en la tendencia que pone el interés económico del dueño como límite general de su derecho de propiedad.

(b) [Sobre las aguas que son o no de dominio público, v. arts. 407 y 408 del Cód. esp.]

(2) También puede pertenecer a la propiedad patrimonial del Estado, o a otra entidad pública, o a un consorcio o a un particular. En todos estos casos la propiedad del agua lleva consigo la facultad de pescar.

chamiento común del agua, conforme a su destino, y siempre que no impida el uso de los otros partícipes; y tanto al propietario como al usufructuario del fundo les corresponde naturalmente, reputándose, por consiguiente, copropietario el uno y cousufructuario el otro de la misma corriente de agua; sin que erigiendo esta facultad en un derecho separado y distinto, pueda legitimarse la oposición a que disfruten otros de la misma manera y la turben o impidan, como ocurriría haciendo una derivación. Aun conforme a la teoría que atribuye carácter de propiedad pública a los ríos, canales y lagunas, y en general a todas las corrientes naturales de agua que no sean torrentes (1), los propietarios de predios ribereños o atravesados por ellas, tienen sobre estas aguas un derecho exclusivo de uso, que se concreta singularmente en la facultad de derivarla para fines agrícolas e industriales sin necesidad de concesiones ni de pagar canon alguno; facultad que puede estimarse como un derecho de uso privilegiado inherente a la propiedad del fundo. Ahora bien, este derecho de uso, sobre el cual recae, como si fuera una extensión del fundo, el usufructo constituído sobre el predio, comprende (al igual que la comprende la propiedad) la facultad de pescar (2). Y debe rechazarse resueltamente la creencia de que el derecho a pescar constituya un elemento independiente dentro del patrimonio, y que el propietario del fundo o de la corriente de agua lo pueda enajenar por separado de la propiedad de ésta (3). Si los propietarios pueden tolerar el acceso a los fundos para pescar en aguas públicas o privadas que los costeen, de esta concesión sólo se derivan efectos obligatorios, y el concesionario, que no por ella

(1) V. a este propósito MAZZA, *Le acque nei rapporti colla pubblica amministrazione* (Roma, 1893), parte general, sec. II, c. III, y también TIEPOLO, *Acque demaniali* (en el *Mon. dei tribun.*, 1887).

(2) Por tanto, también en este caso la reserva de la pesca es la consecuencia *mediata* de la defensa concedida al uso exclusivo del agua, aun cuando se prohiba la pesca sin el consentimiento del propietario (v. la nota 1 de la pág. 166) en las aguas que la ley de 1877 llama genéricamente *privadas*, y aunque se castigue con una sanción penal (art. 16) la violación de tales prohibiciones; de igual modo que el Código penal (art. 428) castiga el hecho de penetrar en un fundo con propósito de cazar, infringiendo las prohibiciones del dueño. Para la construcción del derecho de pesca como un derecho *sui generis*, v. GATTESCHI en el *Archiv. giur.*, t. XI y XII, y MARTINELLI, *La legge sulla pesca*, nn. 201 y ss., donde se recogen las teorías francesas sobre la pesca en los ríos y corrientes no navegables.

(3) Esto es lo que sostiene MARTINELLI, *op. cit.*, n. 298.

posee el fundo, no puede siquiera compararse al arrendatario, con respecto al cual queda obligado quien sucede al arrendador en la propiedad o en el disfrute (1). Menos aún se puede hablar de derecho de pesca cuando, por último, se trate de aguas, corrientes o no, de las cuales los peces no pasan, naturalmente, a las aguas accesibles al público, porque tales peces son propiedad del dueño del fundo (2).

244. El requisito general a que está subordinado el derecho del usufructuario a obtener la posesión es la formación de inventario; y la condición que ha de cumplir el que adquiere por acto *inter vivos* el usufructo de un inmueble y quiera alegarlo contra el acreedor hipotecario o tenedor de un derecho, también sobre el inmueble y fundado en título transcrito, es que practique, a su vez, la transcripción de aquel acto (3). Pero no constituye un tercer requisito especial de la tutela de su derecho a poseer, la obligación que tiene el legatario de usufructo de pedir al heredero que lo ponga en posesión de los bienes. Mediante esta petición ejercita el usufructuario un derecho propio, siempre que el heredero esté investido de hecho o de derecho de la posesión del fundo; si quien posee el inmueble es un tercero en concepto de dueño, el legatario de usufructo puede dirigirse contra él, y no falta a ninguna obligación legal si deja de dirigirse contra el heredero, pues no puede obligársele a que pida al heredero una posesión de que éste carece, ya que, para asegurarle la consolidación de la propiedad en su día, basta que el usufructuario reconozca en acto de jurisdicción voluntaria los límites de su derecho con presencia o citación del dueño (4). De igual manera perma-

(1) V. DALLOZ, *Pêche fluviale*, n. 13.

(2) La pesca realizada por el propietario no tiene otro efecto jurídico que el de hacer imposible la pérdida de la propiedad y la accesión de los peces a otro fundo (art. 462). La pesca efectuada por un tercero sin conocimiento del propietario es en tal caso un hurto; efectuada por el usufructuario, que encuentra los peces como pertenencia del fundo (art. 413), y comprendidos, por tanto, en el objeto del usufructo, la consecuencia que produce es hacerle adquirir la propiedad de ellos (v. el c. IV, § 1).

(3) V. *supra*, ps. 33 y ss., 44 y ss., 71 y ss., y el tomo I, ps. 451 y ss.

(4) Ciertamente, suele ocurrir que, para formar el inventario de las cosas que reivindica, el legatario de usufructo sea quien provoque la intervención del heredero ante los Tribunales. Pero para sostener que dicho legatario (o el de propiedad) esté obligado a hacerlo así, no basta con demostrar que el heredero tiene interés en prevenir la adquisición de la posesión cuando tenga elementos para discutir el derecho al legado. La defensa preventiva del derecho del herede-

nece independiente de toda intervención de propietario la tutela de la posesión que haya obtenido el usufructuario contra la usurpación de un tercero; el usufructuario cumple con la ley (1) notificando al propietario la usurpación; pero permanezca o no inactivo el propietario, puede proceder, bien solo o asociado al propietario mismo, a defender en su propio nombre su derecho contra el usurpador (2).

La acción que el usufructuario puede ejercitar para lograr la posesión del inmueble forma pareja con la reivindicación, y como *vindicatio usus fructus* antes que con la genérica denominación de *confessoria* (trasladada de la servidumbre al usufructo) se designa

---

ro, organizada como una continuación de la que tenía el causante de la herencia mediante la investidura legal de la posesión, le queda garantizada con respecto al legatario por el art. 863 [885 del Cód. español]; mas esto no significa que el heredero goce de las ventajas inherentes a la posesión cuando no gozara de ellas la persona del causante, y menos aún que el derecho del legatario quede subordinado al reconocimiento por el heredero. También, cuando el heredero mismo ha transmitido a un tercero la posesión de la cosa legada, carece de objeto la reclamación judicial del legatario contra el heredero, si se trata meramente de la adquisición de la cosa (aunque pueda, desde luego, exigirle que cumpla la obligación de prestarla), siendo el tercero en cuestión el que, como demandado, tendrá interés en provocar la comparecencia aludida. V. la opinión de DALLOZ en este sentido (*Dispos. entre vifs et test.*, de su *Rép.*, a. 3.900); de todas suertes, la regla del Código francés, que atribuye al heredero los frutos hasta el momento de poner en posesión de los bienes al legatario, obliga a éste a pedir dicha posesión para tener derecho a los frutos, y, por consiguiente, así habrá de solicitarlo, aun después de haber reivindicado la cosa de manos de un tercero sin intervención del heredero interesado. En contra, v. PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VII, n. 54, y LOSANA, *Success. testament.*, ad art. 863, que hacen depender el derecho del legatario de su reconocimiento por parte del heredero.—En cuanto al derecho del usufructuario para reivindicar, con independencia del dueño, la posesión que detente un tercero, v. la sentencia del T. de Cas. de Florencia de 17 de noviembre de 1870 (*Giur. ital.*, 1870, 868), y lo dicho ya en el tomo I, p. 257, n. 3. Las sentencias que en dicho lugar se mencionan, atribuyen al tercero la facultad de pedir la intervención en juicio del propietario; pero si éste, citado judicialmente por el usufructuario o por el demandado, no comparece, ello no es obstáculo para que el pleito siga adelante y tenga resolución, aun cuando quedará siempre, naturalmente, el derecho de proceder luego contra el usufructuario triunfante para impugnar el fundamento de su reivindicación.

(1) V. *infra* el cap. VI.

(2) Cas. Florencia, 2 enero 1874 (*Annali*, 1874, 90).

en las fuentes romanas (a). Para probar su derecho, debe el usufructuario probar también el derecho de su causante; ya hemos visto en el § 1 de este capítulo que la sentencia que recaiga con motivo de una demanda del usufructuario ni perjudica ni favorece al causante mismo. Puede deducirse la reivindicación aun cuando el derecho del causante se haya extinguido en apariencia a virtud de una transmisión inexistente jurídicamente, y venga a constituír su fundamento la impugnación del supuesto título contrario. Cosa distinta es si el inmueble ha salido del patrimonio del causante en virtud de un acto anulable o rescindible; en este caso no puede estimarse que el objeto del usufructo sea el inmueble material, sino las acciones de nulidad o de rescisión; y el problema de si el usufructuario mismo puede intentarlas o únicamente aprovecharse de la reintegración al patrimonio promovida por el propietario, requiere que la aplacemos para el párrafo en que he de desarrollar los principios acerca del ejercicio de los derechos contenidos en el usufructo (1). Igualmente puede el usufructuario deducir por sí mismo la acción de deslinde (2) (b), que a diferencia de la reivindicatoria (que tiende al cambio de la posesión) se dirige a acabar con la incertidumbre y promiscuidad de posesiones, aunque sea tan sólo con respecto a una parte de terreno (3); este deslinde, si se hace sin participar el propietario, sólo producirá efectos provisionales o sea mientras el usufructo dure (4). De igual suerte, está abierto el camino al usufructuario para que, con independencia del dueño y sin eficacia respecto a él, pueda accionar la confesoria o negatoria y provocar un juicio acerca de la existencia de servidumbres inherentes al fundo usufruc-

(a) [Habla de *reivindicación* de un derecho de usufructo la sentencia de nuestro T. S., de 30 de mayo de 1925.]

(1) Más adelante (cap. IX) veremos, al estudiar el usufructo de un patrimonio, qué parte pueda tener el usufructuario en la tramitación para obtener su recobro cuando sea posible por otros conceptos.

(2) PAULO, 4, § 9, D. *fin. regund.*, X, 1.

(b) [V. art. 384, § 2.° del Cód. esp.]

(3) Acerca de la diferencia entre el deslinde y la reivindicación, v. F. BIANCHI, en el *Foro ital.*, 1894, 1, 721.

(4) PROUDHON, *Usufruit*, nn. 1.243 y ss.—La acción encaminada a obtener la colocación de hitos como medida conservatoria puede ser entablada por el usufructuario, que asumirá entonces el pago de los gastos necesarios para ello. Si es el vecino quien provoca la adopción de tal medida, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario que contribuya a soportar los expresados gastos.

tuado o de la inexistencia de aquellas con que se pretende gravarlo (1).

Para defender además la posesión que haya obtenido, contra quien quería sustraérsela, también es independiente del dueño el usufructuario cuando un tercero reivindica la propiedad tachando de nulidad absoluta el título de su causante. Pero cuando se pide la nulidad, rescisión, revocación o resolución de un título jurídicamente existente, no puede dirigirse con eficacia la acción, *omisso medio*, contra el usufructuario, que es un tercer poseedor, cuyo derecho subsiste hasta que no se prive de efectos al título que su causante tenía. Debe, desde luego, ser emplazado para que la resolución que haya de recaer tenga eficacia frente a él; pero si comparece en autos él solo, no puede exigírsele que intervenga en ellos su causante y puede pedir que se rechace tal pretensión (2). Sin embargo, una vez privado de eficacia el derecho de su causante, queda extinguido el derecho del usufructuario (3) y no cabe que el usufructo se transporte a lo que el propietario haya de recibir a consecuencia de la nulidad. La restitución que se haga al que fué parte en el negocio jurídico, se funda en un derecho personal que se deriva del mismo negocio, y no representa necesariamente el precio o el valor de la cosa de cuya propiedad ha quedado privado (arg. art. 1.307) (b). De todas suertes, aun cuando en el patrimonio del propietario haya una subrogación de la cosa, quedando reemplazada por el va-

---

(1) PROUDHON, n. 1.257.

(2) Acerca de la acción rescisoria, v. especialmente TROPLONG, *Vente*, n. 804; cfr. los *Motive* del Proyecto de Cód. civ. alem., t. I, pág. 220. Respecto a la conveniencia de asegurar la defensa, contra posibles nulidades, del principal interesado, que allí se pone de relieve, surge la razón estrictamente jurídica de que la reacción dirigida a restar eficacia a un negocio debe entablarse contra quien fué parte en el negocio mismo.—Con la solución propuesta desaparecen las cuestiones planteadas por PROUDHON, nn. 1.420 y ss., al admitir al usufructuario a defenderse por sí contra la acción rescisoria; de todos modos, queda fuera de duda que no puede eludirla mediante el ofrecimiento de abonar el suplemento del precio.

(3) Salvos los casos en que la ley rechaza que la resolución del derecho del constituyente lleve consigo la del derecho del adquirente que se haya hecho público merced a la transcripción; art. 1.933, n. 3 (a).

(a) [Ley Hipotecaria española, arts. 34 y sigs.]

(b) [Art. 1.304 del Cód. esp.]

lor de ella, cambiando de objeto los derechos reales que la gravaban y permaneciendo inalterables en su esencia, esto no puede admitirse mientras no exista una disposición de la ley que designe taxativamente los casos en que procede (1). La misma regla puede aplicarse al caso de restitución del precio de una venta rescindida a causa de lesión (2). Si, por otra parte, el propietario satisface la diferencia para mantener eficaz la venta (art. 1.534), el usufructuario conserva su derecho, porque no hay una nueva adquisición de su causante que suceda a la anterior, sino una confirmación de ella; y participa de la carga de este pago según las reglas que señalan el prorrateo entre propietario y usufructuario de las cargas que gravan la propiedad.

245. Veamos ahora cómo se tutela el derecho del usufructuario a la posesión frente a aquellos acreedores del dueño que, para hacer efectivos sus créditos, persiguen la venta de los inmuebles objeto del usufructo. Comenzaremos para ello por las relaciones del usufructuario con los acreedores quirográficos. La sentencia que ordena la venta en subasta, no transmite al comprador más derechos que los que correspondían al deudor ejecutado (art. 686 de la ley de Proced. civ.) y deja incólume el derecho del usufructuario, aun cuando no se haya mencionado en los edictos (3). De suerte que, ni por el objeto, ni por el fundamento jurídico, se diferencian la *demanda de «separación»* (a), con la que el usufructuario interviene

---

(1) Como los que hemos recordado, relativos a las indemnizaciones por expropiación o por seguros. Contra el alcance general del aforismo *pretium succedit in locum rei*, puede consultarse el trabajo de F. LONGO, *Della surrogazione reale*.

(2) En contra, PROUDHON, *loc. cit.*

(3) Al contrario de lo que ocurría en el sistema del procedimiento francés antiguo, en que *le decret forcé* liberaba al inmueble de todas las cargas no mencionadas en el edicto o anuncio, extinguiendo incluso cualquier derecho de dominio que correspondiera a persona distinta del ejecutado; v. WAELBROECK, *Tr. de la saisie immobilière* (Bruselas, 1875), t. I, ps. 694 y ss.—Para evitar el riesgo de una evicción parcial del rematante, el tribunal que autoriza la subasta puede nombrar un perito que examine antes la situación jurídica del inmueble; p. 666, n. 1; v. MATTIROLO, t. VI, nn. 101 y 103.

(a) [Para mejor comprensión del razonamiento que desarrolla el autor, convendrá recordar algunas nociones de Derecho adjetivo; así, por ejemplo, que la ley procesal italiana autoriza, en su art. 699, la petición del dueño, usufructuario, o titular de otro derecho real, para que su derecho de propiedad, usu-

en autos antes del remate (ley de Proced. civ., art. 669), y la *reivindicación del usufructo*, o sea la acción confesoria que puede ejercitar después de la subasta cuando no haya pedido precedentemente la separación (1). El usufructuario es ajeno a las cuestiones que puedan surgir entre el adjudicatario, los acreedores y el nudo pro-

---

fructo, etc., se «separe», es decir, se desglose y no sea enajenado al realizarse en vías de ejecución la subasta de los bienes respectivos; que al efectuarse esta última, puede mejorarse durante quince días la postura, con tal que el aumento no baje de la sexta parte del remate (art. 680); que el incumplimiento de sus deberes por el adjudicatario da lugar a una «re-venta» o nueva subasta (artículo 689); y que en Derecho italiano se llama «colocación» al señalamiento del lugar que en una graduación de créditos corresponde a determinado título, materia de que tratan los arts. 708 y sigs. de la ley rituaria citada.]

(1) El T. de Casación de Turín, en 14 enero 1881 (*Giur. ital.*, 1881, 206) reconoció que el hecho de no haber pedido la separación no imposibilitaba la reivindicación del usufructo; y muchas sentencias han resuelto que cabe alegar la propiedad, y en general un derecho real cualquiera, contra el rematante; (por ejemplo, Apel. Roma, 22 marzo 1884, *Giur. ital.*, 1884, 585; Apel. Bolonia, 15 julio 1884, *Riv. giur. Bol.*, 1884, 211, y Cas. Turín, 11 diciembre 1886, *Annali*, 1887, 137). También se ha declarado que la venta pública de un fundo enfitéutico como si fuese libre, no impide al señor del dominio directo ejercitar sus derechos después del remate (Apel. Venecia, 7 marzo 1890, *Foro ital.*, 1890, 946; Cas. Roma, 17 mayo 1887, *Legge*, 1887, 2, 435). De todos modos, consúltense *infra* los nn. 250 y 251. Ambas acciones, la de separación y la reivindicatoria, difieren por el procedimiento a que dan lugar, pues el fallo sobre aquélla constituye un incidente de la ejecución misma. Por consiguiente, importa averiguar desde el punto de vista rituario si la inadmisibilidad de la demanda de separación cesa al adjudicar los bienes, aunque deba repetirse la subasta por haberse obtenido el aumento de un sexto. De esta opinión es RICCI, *Proced. civ.*, t. III, n. 200, y también MATTIROLO, t. VI, n. 277, y en el mismo sentido se pronuncia el fallo dictado en 13 febrero 1891 (*Foro ital.*, 1891, 1.093) por el T. de Apel. de Catanzaro, así como las demás sentencias que en el mencionado lugar se citan. En contra: BORSARI, *Proced. civ.*, ad art. 699; GARGIULO, ad art. 699, n. 17, y Apel. Nápoles, 18 julio 1885 (*Gazz. procur.*, XIX, 431). El T. de Cas. de Nápoles, en 24 abril 1888 (*Legge*, 1888, 2, 294) estimó admisible la demanda de separación durante la tramitación del procedimiento de «reventa» o nueva subasta en perjuicio del adjudicatario. — El usufructuario puede también elegir otro camino, y oponerse como tercero a la sentencia de remate (MATTIROLO, t. VI, n. 165); éste sería el partido más conveniente si oportunamente no pidió la separación; y puede incluso impedir que la finca se venda como libre, aprovechando para conseguirlo la dilación causada por el aumento de un sexto sobre el remate y la necesidad de proceder a nueva subasta por quiebra de la anterior.

pietario por haberse omitido en los anuncios la mención del usufructo; y como después de adjudicados los bienes conserva íntegros sus derechos sobre el fundo, nada tiene que alegar al irse a dar inversión al precio de remate (1). Si, esto no obstante, creyendo equivocadamente que no puede ejercitar su derecho sobre el fundo después de la adjudicación, pide el usufructuario que su crédito por el valor del usufructo sea «colocado» al hacerse la graduación de los concurrentes y pagado con el precio obtenido en la subasta, resultará que quien tiene interés en impugnar esta petición es el deudor ejecutado (y sus acreedores), pero no el adjudicatario, a quien le es indiferente pagar el precio a uno o a otro. Si la petición es acogida y consigue cobrar cantidad bastante a cubrir su derecho, el usufructuario recibe lo que no se le adeuda, a expensas del nudo propietario ejecutado, de quien hay que considerar que es delegado para el pago el adjudicatario (deudor del precio); y entonces a quien puede corresponder sin duda repetir contra el usufructuario, es al nudo propietario o a sus acreedores subrogados en sus derechos (2). El derecho a repetir no corresponde directamente al adjudicatario, cuya obligación consiste en pagar por virtud de la adquisición de la nuda propiedad; y cuando los edictos comprendían el pleno dominio, tiene derecho el adjudicatario a que se le garantice contra la privación del usufructo, y, debido a esto, tiene un crédito contra el nudo propietario ejecutado, y puede ejercitarlo contra el usufructuario subrogándose en los derechos de aquél; en ningún caso puede oponerse alegando la obligación de pagar o el pago realizado para desvirtuar la reivindicación del usufructo, porque éste no se extingue por novación, como si fuera un derecho cualquiera personal, pasando a recaer sobre el precio obtenido (3).

---

(1) Análogamente se ha declarado que el señor del dominio directo no tiene por qué pedir que se le pague con cargo al precio del remate, aunque el fundo se hubiera vendido como de pleno dominio del enfiteuta: Apel. Venecia, 7 marzo 1890 (*Foro it.*, 1890, 946); y *a fortiori* que una solicitud de «colocación» o graduación no deducida no perjudica los derechos del señor enfiteuticario: Cas. Roma, 17 mayo 1887 (*Legge*, 1887, 2, 435).

(2) *Solvit enim et qui reum delegat:* ULPIANO, 8, § 3, D. *ad sc. Vellejan.*, XVI, 1.

(3) Precisamente el T. de Cas. de Turín (14 enero 1881, *Giur. it.*, 1881, 206, con nota de RICCI) tiene declarado que el derecho del usufructuario a cobrar del precio del remate no exime al adjudicatario de la carga del usufructo. En el caso de autos resulta tanto más extraña la reclamación del usufructuario y la falta de impugnación por los demás, cuanto que en los anuncios se había

Las reglas expuestas son aplicables también al caso de que el acreedor ejecutante haya inscrito una hipoteca a su favor sobre el fundo y en contra del nudo propietario, aunque la inscripción sea posterior a la constitución del usufructo. En este caso, la hipoteca grava únicamente la nuda propiedad, y si el requerimiento al pago se notificó al usufructuario como tercer poseedor de la finca hipotecada, puede oponerse a tal resolución judicial, aun sin recurrir a la «demanda de separación» (1), porque lo que posée no es el inmueble gravado, sino el derecho de usufructo. ¿*Quid* respecto al pacto en que el usufructuario consintiese la posposición de su derecho al de los acreedores inscritos contra el nudo propietario? Puede contestarse que el usufructuario, y conviene repetirlo, no tiene un derecho de crédito que ejercitar en las diligencias de prelación o graduación de ellos, y que este pacto tampoco puede interpretarse como una renuncia al usufructo, aunque fuese eventual y condicionada, en favor de los acreedores hipotecarios (que de todas suertes, no habiéndose transcrito, carecería de eficacia respecto a los terceros), sino únicamente como una autorización para ampliar la hipoteca al usufructo. Ahora bien; esta autorización es necesario hacerla pública mediante la inscripción, y no me parece correcto declarar (2) que tiene eficacia frente a los acreedores que hayan inscrito más tarde su derecho sobre el usufructo, porque no se ha observado el requisito de la publicidad si la prelación obtenida se ha mencionado tan sólo en la inscripción contra el nudo propietario.

246. En cambio, cuando la hipoteca es anterior al usufructo, el valor de éste forma parte de la garantía que el fundo proporciona al acreedor. Porque el predio esté gravado con hipoteca no pierde el propietario la libertad de disponer de él, y así como puede enajenar una parte del mismo, puede constituír también sobre él un usufructo, si bien éste queda vinculado entonces a la hipoteca y puede venderse para pagar a los acreedores que hayan inscrito su derecho. En este caso hay que considerar al adquirente del usufructo como ter-

---

hecho constar la existencia y la reserva expresa del derecho de usufructo. Pero aun en el caso de que se adjudique en la subasta el pleno dominio, no por ello pierde sus derechos el usufructuario, ni tiene, por tanto, facultades para acudir a que se le gradúe y pague con el precio de remate.

(1) Ley procesal civil, art. 660; cfr. MATTIROLO, t. VI, nn. 267 y 268.

(2) Como lo hizo el T. de Cas. de Turín en 9 de septiembre de 1887 (*Giur. ital.*, 1888, 218).

cer poseedor del derecho a que se extiende la hipoteca: y para ejecutar, es necesario requerirlo también de pago, estando facultado para liberar su derecho del gravamen, ofreciendo el precio o el valor de tasación, y si no quiere acudir a esto, puede abandonar la posesión del usufructo (a).

Aun cuando los artículos 2.040 y 2.041 exigen que se transcriba el título de adquisición como requisito para cancelar la hipoteca, debemos considerar que tal exigencia se refiere tan sólo a los casos en que para ser eficaz frente a terceros sea necesario transcribir la adquisición, y por lo tanto no es preciso en el legado de usufructo, como no lo es en el de propiedad (1). Si el acreedor hipotecario rehusa el precio ofrecido por el usufructuario, puede él, obligándose a aumentarlo en un 10 por 100, instar la subasta del usufructo, sin perjuicio, naturalmente, de instar por separado, si le conviene, la de la nuda propiedad. Pero ni rechazando la oferta del usufructuario, ni realizándose la transmisión de la finca, queda sin efecto la constitución del usufructo que, irrevocablemente, separa este derecho de la propiedad gravada con hipoteca; y el acreedor hipotecario no puede instar la subasta del pleno dominio, sino separadamente la de la nuda propiedad y la del usufructo, facilitando así al usufructuario el medio de concurrir a ella para recuperar su derecho. El acreedor está en igual posición que la que le crea la venta de parte de la propiedad del inmueble, aun cuando vendiendo separadamente la nuda propiedad y el usufructo corra mayor riesgo que subastando dos porciones distintas de la propiedad, de obtener un precio de adjudicación inferior al que posiblemente hubiera producido la subasta de todo el fundo. Del principio de indivisibilidad de la hipoteca se deriva la consecuencia de que no puede el adquirente de una parte del fundo hipotecado liberarse pagando una parte del débito; no es que estuviera obligado por un valor superior al de la parte adquirida, sino que con la entrega de aquella cantidad no logra otra cosa que pagar parcialmente al acreedor. Ahora bien, el derecho a cancelar está asociado indisolublemente a la facultad de hacer la entrega, porque la cancelación va dirigida precisamente a procurar al acreedor hipotecario el importe del inmueble sin privar de éste al adquirente; y no hay motivo alguno para suponer que de la opción concedida

(a) [V. arts. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria eapañola.]

(1) Así lo sostiene RICCI (t. X, n. 285) con respecto al legatario de la propiedad; en sentido opuesto se pronuncia LAURENT (t. XXXI, n. 442), que exige la transcripción del testamento.

a quien adquiere parte de la propiedad quede excluído el adquirente del usufructo; menos aún cabe pensar que la entrega hecha por el usufructuario, a diferencia de la subasta del usufructo, pueda dar lugar a la adjudicación del pleno dominio; o que se impida al usufructuario recobrar su derecho mediante postura que haga en la subasta, o finalmente, que para no perderlo, se le haya de obligar a que pague íntegramente a los acreedores que tengan inscrito su derecho sobre el fundo (1).

El derecho a cancelar es independiente de que el acreedor notifique al usufructuario el acuerdo judicial de pago, como debe hacer-

---

(1) La doctrina francesa autoriza al usufructuario para cancelar las hipotecas inscritas sobre la finca antes de la constitución del usufructo: TROPLONG, *Priv. et hyp.*, n. 902; LAURENT, t. XXXI, n. 435; y lo mismo hace entre nosotros PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, t. III, n. 392; lo niegan, en cambio, BORSARI, § 4.280; POCHINTESTA, *Priv. e ipot.*, t. II, n. 467; RICCI, t. X, n. 282; y los continuadores de PACIFICI-MAZZONI, COEN y JACHINI, *Priv. e ipot.*, t. II, n. 112, que admiten una liberación realizada por la persona que hubiese adquirido parte del fundo, y, finalmente, MELUCCI, *Sistema ipotec.*, p. 255. Además de los argumentos que van implícitamente refutados en el texto, POCHINTESTA cree posible hallar otro de carácter literal en el art. 2.040, por estimar que en él la palabra *adquirente* no designa sino a quien adquiere la propiedad. Pero si en su concordante del Cód. Napoleón (el 2.181) se enumeran explícitamente los derechos reales sobre inmuebles, juntamente con la propiedad, se hace tan sólo para determinar la extensión de la regla referente a la transcripción. RICCI, por otra parte, rechaza también la posibilidad de que un tercero que adquiera el usufructo cancele las hipotecas inscritas sobre dicho usufructo, y nada más que sobre él; y alega que si el adquirente fuese admitido a purgar el fundo de cualquier derecho de hipoteca, habría que aceptar, lo mismo que al usufructuario, al comprador de títulos nominativos de la Deuda pública. Se olvida de que la Sec. X, se titula «del modo de liberar los inmuebles de sus hipotecas» y que las Deudas del Estado, aunque sean susceptibles de hipoteca, son bienes muebles (art. 418 del Código civil y art. 24 de la ley de 10 de julio de 1861); por eso no cabe la liberación con respecto a ellas, ya que el acreedor no logra cobrar mediante la adjudicación, sino con la adjudicación o la venta al tipo de cotización (Reglamento de 8 de octubre de 1870, arts. 149 y 153).—Cfr. *infra* el Libro IV.—En cambio, no procede que tenga derecho a liberar la finca quien sólo posea sobre ella un derecho de uso o una servidumbre sobre el fundo hipotecado, porque el acreedor no posee medio de contraponer a la oferta realizada el requerimiento de que se efectúe la venta. En el Libro VI me ocuparé del conflicto que a este respecto se presenta entre el derecho de libre disposición del propietario y los intereses de los acreedores hipotecarios.

lo, en su calidad de tercer poseedor (1). Si se omite este requerimiento, en vez de iniciar las diligencias de cancelación, puede el usufructuario pedir la «separación» de su derecho; pero el acreedor puede reconvenirle y salirle al paso con el requerimiento al pago, destruyendo así el efecto de aquella solicitud. Cuando la tramitación de los autos no quede así formalizada y la ejecución se extienda a quien ha adquirido el usufructo del fundo después de la inscripción de la hipoteca, subsiste intacto el derecho de este último y puede admitirse la demanda de separación. Si no interviene en la ejecución el usufructuario, le queda aún el recurso de oponerse como tercero a la sentencia de remate dictada contra el nudo propietario y referente a la venta del pleno dominio; y también puede ejercitar contra el adjudicatario la acción confesoria. El adjudicatario no puede pretender que se le reconozcan mayores derechos sobre el fundo de los que pertenecían al ejecutado (art. 686 de la ley de Proced. civ.); y por otra parte, no le queda cerrado el camino al acreedor para proceder después a la subasta del usufructo.

247. El usufructuario del fundo hipotecado que, para evitar la pérdida de la posesión, satisface el importe de los créditos, tiene derecho a ser indemnizado del daño sufrido, en proporción a los beneficios que obtiene el deudor con la extinción de la deuda. Queda subrogado legalmente en los derechos del acreedor pagado, en primer lugar contra el deudor obligado personalmente, y después contra los obligados hipotecariamente por razón de la misma deuda y contra cualquiera obligado en forma conjunta y que tuviera interés en pagar para evitar la ejecución. La primera subrogación de éstas le corresponde contra los herederos personalmente obligados cuando se trate de legado de usufructo, a tenor de las disposiciones que regulan el pago de las deudas hereditarias (art. 1.033); y una y otra le corresponden asimismo en virtud del principio general que rige el pago hecho por otro (núm. 3 del art. 1.253) (a), de las cuales reglas la subrogación del adquirente a título oneroso de un fundo hipotecado (núm. 2 del art. 1.253) no es más que una aplicación especial. Pero cuando se trata de adquisiciones por actos *inter vivos*, quedan sujetas a una doble limitación. Por una parte, queda excluída, conforme al citado número 2.° del artículo 1.253, la subrogación por

---

(1) En cuanto a la necesidad de esta notificación, v. RICCI, t. X, n. 248; Apel. Venecia, 12 julio 1882 (*Gazz. legal.*, 1882, 268).

(a) [Art. 1.158, párr. 2.°, del Cód. esp.]

todo lo que pague sobre el precio de adquisición el comprador a título oneroso; principio encaminado a impedir el riesgo de que el adquirente, después de haber pagado al vendedor, pueda mantener viva la hipoteca y demás garantías que correspondan al acreedor hipotecario sobre otros fundos o hacia otras personas, haciendo a aquél un segundo pago y defraudando así la esperanza legítima de que, abonando el precio de compra, resulte extinguida la obligación asegurada con aquella hipoteca. Por otra parte, a tenor del artículo 2.022, en el conflicto de intereses entre varias personas que con título transcrito y por actos *inter vivos* adquieren fundos hipotecados para seguridad del mismo crédito, prevalece el derecho del primer transcribente; el que adquiere con posterioridad tiene menos fundamento que el anterior para creer que su crédito será satisfecho por el deudor enajenante, porque en el momento de transcribir han salido del patrimonio de éste otros bienes hipotecados para asegurar el pago; si voluntariamente se expone al peligro de pagar por el deudor, conserva todos sus derechos contra su causante, pero es menos justo que haga recaer sobre un adquirente anterior el daño sufrido (1).

En tercer lugar, y conforme a la interpretación que da el artículo 878 (a) del Código al legado de un fundo hipotecado para garantía del crédito de un tercero, deben reembolsarle los herederos que no están personal ni hipotecariamente obligados frente al acreedor. En cuarto lugar, cuando el usufructo se constituye mediante contrato a título oneroso, tiene el usufructuario un derecho contractual de mayor alcance que el de repetir para ser reembolsado del pago hecho, y puede pretender que el constituyente haga frente a la evicción y lo resarza íntegramente del daño que por ella sufre (artículos 1.482, 1.555) (b). En los casos y dentro de los límites señalados por los artículos 1.077 y 1.396 (c), puede competerle también

(1) De este modo justifica RICCI (t. X, n. 258) la disposición del artículo 2.022; no es cierto, por lo demás, lo que algunos afirman (v. GIORGI, *Obblig.*, t. VII, n. 228) de que el conflicto queda resuelto en la forma que exige el sistema de publicidad impuesto por la transcripción, porque razonando con rigor lógico, la transcripción de la adquisición primera no asegura mayores derechos que los que ya correspondían al enajenante con relación al fundo hipotecado.

(a) [Comp. art. 867 del Cód. esp.]

(b) [Arts. 1.475 y 1.541 del Cód. esp.]

(c) [Cfr. art. 638 del Cód esp.]

una acción de garantía cuando el usufructo se constituyera por donación; y el testamento le puede reconocer igualmente un derecho de garantía, si al gravado con el legado se le ordena expresamente por el testador que libere el fundo hipotecado (1).

Todos estos recursos puede emplearlos el adquirente de la propiedad del fundo hipotecado; pero la subrogación del usufructuario en los derechos que el acreedor tenía contra quien estaba hipotecariamente obligado por la misma deuda, reviste la forma especial de un derecho a repetir contra el nudo propietario, y cuando el fundo no estaba gravado a causa de débitos del donante, da al donatario del usufructo una protección de que carece en la misma hipótesis el donatario de la propiedad, salvo la voluntaria asunción de una obligación de asegurar por parte del donante (2). El mismo derecho a repetir contra el legatario de la nuda propiedad compete al legatario del usufructo, pues aquél obtiene al propio tiempo un beneficio si durante el usufructo o después de su extinción, queda excluída la posibilidad de que se dirija contra él la acción hipotecaria para privarlo de la nuda o de la plena propiedad. Ni en uno ni en otro caso se puede inducir una limitación al derecho a repetir derivándola del precepto especial contenido en el último inciso del artículo 2.022; no cabe en el primero, porque se trata de subrogación contra el mismo causante del usufructuario; y tampoco en el segundo, porque el conflicto entre varios adquirentes sólo se resuelve a favor del primero cuando se trate de adquisiciones aseguradas con transcripciones de fecha distinta, y aquí se trata, por el contrario, de adquisiciones contemporáneas, cuya eficacia es independiente de la transcripción. De que estén subordinados legalmente propiedad y usufructo y de que la ley haya querido asegurar a las ventajas patrimoniales contenidas en el usufructo una cierta independencia con respecto a las obligaciones que pesan sobre la cosa, resulta, en cambio, que debe negarse todo derecho a repetir contra el usufructuario en favor del legatario de nuda propiedad obligado al pago.

(1) Cfr. el Cód. franc., art. 1.020. No ha de confundirse esta acción de garantía con el derecho a reembolso de que se ocupa el art. 878, ya citado. V. Pacifici-Mazzoni, *Success.*, t. VII, n. 60, siquiera sea cierto que dicho autor olvida el derecho a reembolso contra los herederos en el caso de hipoteca por débitos de tercera persona.

(2) En cuanto a la responsabilidad del donante obligado personalmente, y la irresponsabilidad del que estaba obligado bajo garantía hipotecaria, véase Pothier, *Cout. d'Orléans*, introd. al t. XV, n. 65 (edic. de Bruselas, t. VII, p. 285); Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 969.

Por ello hay que relacionar con los principios generales lo dispuesto en el artículo 508 (a), que concede al usufructuario obligado a satisfacer las deudas hipotecarias, un derecho a repetir contra el propietario; pero relacionándolo con los principios generales resulta inadmisible que, con esta repetición, pueda en ningún caso lograr el usufructuario la indemnización del pago hecho, porque el propietario no puede tener frente a aquél mayor responsabilidad que la que le incumbe respecto al acreedor, y, por consiguiente, si no está personalmente obligado, no se puede exigir de él más que la cesión de la nuda propiedad. A la inversa, es arbitrario por completo y carece de fundamento condicionar en otra forma el ejercicio de este derecho a repetir, como en particular hace PROUDHON, que lo reconoce contra el legatario de la nuda propiedad, únicamente cuando los herederos no estén personalmente obligados o sean insolventes, y tan sólo después de extinguido el usufructo (1).

La liberación del usufructo reviste el carácter de un pago parcial, y no cabe duda (2) de que al usufructuario, además de la acción eventual de seguridad o garantía contra su causante, que puede ejercitar naturalmente cuando no haya satisfecho el precio de adquisición (art. 2.052), le corresponde la acción de reembolso contra el deudor personal o contra cuantos estén obligados hipotecariamente por el mismo débito, entre los cuales hay que incluír, en primer lugar, al nudo propietario. Por otra parte, en el ejercicio de esta acción de reembolso no concurre el usufructuario con los acreedores a que se haya pagado parcialmente, en proporción a la indemnización que le corresponde, sino que se le pospone a ellos; y no puede trasladarse al caso de la cancelación la regla del artículo 1.254, que presupone un pago parcial que libremente puede aceptar o no el acreedor; de otra suerte, se llegaría al absurdo de disminuír efectivamente la garantía del acreedor hipotecario en cualquier caso de enajenación parcial y exponerlo a concurrir con el adquirente.

El usufructuario que, en vez de pagar o liberar, abandona su derecho o permite que se siga la ejecución respecto de él, también extingue o reduce la deuda a sus expensas y en beneficio del deudor obligado personalmente, del propietario y de cuantos junto con él estuviesen hipotecariamente obligados. El derecho a indemnización

(a) [Cfr. art. 509 del Cód. esp.]

(1) *Usufruit*, n. 1.832.

(2) Aun cuando la mayoría de los autores no se cuiden de ponerlo de relieve. De todas suertes, consúltese WAELBROECK, *Saisie immobil.*, t. III, p. 133.

está expresamente reconocido al tercer poseedor vencido en juicio por el artículo 2.022 (a), que ha sustituído con acierto por la expresión *tercer poseedor* la de *recours en garantie tel que de droit* del artículo 2.178 del Código de Napoleón, la cual era más propia para indicar la acción especial de garantía que el tercer poseedor, por lo general, tiene sólo contra el enajenante a título oneroso. Con menos acierto, y a imitación del artículo 2.297 del Código albertino, se ha sustituído la acción contra el *deudor principal* del Código francés, por la acción del tercer poseedor «contra su causante»; porque si, como hemos visto, cuando sobrevenga el pago puede competer al usufructuario la acción aun contra el causante que no sea deudor principal, el tercer poseedor en concepto de dueño carece de acción contra el donante que no es deudor principal, para que se le indemnice, y, en general, contra el causante que no sea tal deudor no tiene más que la acción de garantía, así como posee acción contra el deudor principal que no sea causante suyo; y no puede ser distinta la regla para el caso de evicción. Formulada esta reserva acerca del alcance de los términos del artículo, no podemos dejar de señalar que en él está confirmada explícitamente y aplicada a la evicción, la tesis expuesta por nosotros sobre el derecho del usufructuario a repetir contra el donante obligado hipotecariamente, y que *a fortiori*, de la subrogación reconocida contra el tercer adquirente, resulta admitida la subrogación del legatario de usufructo que haya sido vencido en juicio contra el legatario de la nuda propiedad. Necesariamente también, el usufructuario vencido no puede concurrir con los acreedores que llevando adelante la ejecución contra el usufructo reciban únicamente una parte de sus créditos; pero sí se subroga en aquella parte de garantía hipotecaria que respecto a ellos hubiera sido extinguida con el pago, y queda postergado a ellos en cuanto al ejercicio de su derecho, para no modificar la total garantía que deben seguir buscando en el valor del usufructo y de la nuda propiedad. El usufructuario vencido puede así ser indemnizado por el nudo propietario obligado hipotecariamente, sólo cuando el valor de la nuda propiedad supere al exceso del crédito sobre el valor del usufructo.

248. Los principios expuestos no se aplican al usufructuario de un patrimonio o de una parte de él, en que el derecho del usufructuario sobre los diversos fundos hipotecados que van comprendidos

(a) [V. art. 509, § 2.° del Cód. esp.]

en el conjunto no es el derecho de un tercer poseedor, sino un derecho mezclado con la obligación que le impone la ley de levantar las cargas del pasivo de la herencia en proporción a la cuantía total del usufructo y dentro de los límites de su valor. Tampoco se aplica al caso en que la obligación de pagar total o parcialmente las deudas hipotecarias haya sido impuesta, en el acto de constituirse la relación, al usufructuario individual; en este caso el titular no puede ni cancelar ni abandonar el usufructo; si paga la totalidad del crédito, como quiera que sólo en parte estaba obligado a hacerlo, queda facultado para repetir contra el coobligado; y para ejercitar este derecho, queda subrogado en el del acreedor pagado. Si, en cambio, se deja ejecutar, y permite la venta de la cosa, también tiene derecho a repetir por la parte de deuda que no le corresponda abonar; pero no disfruta de la subrogación, que la ley reconoce al vencido sólo cuando no está personalmente obligado (art. 2.022).

En cuanto al usufructo constituído después de anotado el requerimiento (1), es ineficaz totalmente respecto al acreedor ejecutante, ya que le está prohibido al deudor enajenar el fundo (art. 2.085) precisamente para no retrasar ni entorpecer la tramitación. La ejecución continúa con el deudor o sus herederos, en daño del usufructuario, quien no puede intervenir pidiendo la separación, ni reivindicar después de que la adjudicación quede hecha (2). Por otra parte, nada le impide anular los efectos del requerimiento pagando al ejecutante íntegramente su crédito con sus intereses y así desaparece el obstáculo que había para que tuviera eficacia respecto de aquél el derecho que se le haya reconocido por contrato o en testamento. La cancelación del asiento en que conste el requerimiento puede pedirse únicamente pagando al acreedor ejecutante; y en cuanto a los acreedores que tengan inscrito su derecho, lo que pueden obtener es la facultad de subrogarse, en el lugar del ejecutante, en el procedi-

(1) Si se ha constituído por acto *inter vivos* y con anterioridad a la resolución judicial, no tiene aplicación la regla del art. 2.085, aun cuando se haya realizado la transcripción en un momento posterior: v. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, *Effetti del precetto trascr.*, n. 10; siendo de aplicación, por tanto, los principios expuestos en los números precedentes.

(2) El adjudicatario se puede oponer a la reivindicación alegando la nulidad de la venta; si ésta no tiene eficacia con respecto al que instó el procedimiento, tampoco puede tenerla con relación al postor y rematante; y si no tiene valor con respecto a él un arrendamiento posterior a la providencia judicial de venta, menos aún habrá de tenerlo una enajenación en tales condiciones. V. MARTOU y WAELBROECK, *Saisie immob.*, t. II, p. 272.

miento que abandona éste (art. 575 de la ley de Proced. civ.), pero esta facultad presupone que prosiga legalmente la ejecución, y no hay precepto vigente alguno (1) que impida al ejecutante renunciar a la instancia en perjuicio de ellos. Si quieren impedir la enajenación del fundo que es su garantía, pueden notificar y anotar a su vez el requerimiento, pero no por ello pueden iniciar otra ejecución (artículo 661 del mismo Cuerpo); cuando su crédito no es exigible, es natural que no puedan impedir la venta destinada a consumar la ejecución. Únicamente si la intimación al pago no está cancelada y ellos se subrogan en los derechos del ejecutante, pueden proceder como si no existiese el usufructo (2). Los acreedores inscritos tampoco llegan a ser parte en el segundo período de la ejecución, que se cierra con la sentencia de remate, pero sí en el de graduación o prelación de créditos que se autoriza en esta sentencia (núm. 4 del artículo 666 de la ley cit., y 2.090 del Cód. civ.); desde este momento, no sólo no se puede cancelar sin su consentimiento el asiento de intimación al pago, sino que tampoco cabe hacerlo aunque presten su conformidad, porque si bien pueden quedar pagados ellos, no les es lícito impedir la terminación del juicio y que sean pagados también los acreedores quirográficos (3).

Por consiguiente, respecto a todo acreedor, inscrito o no, que no haya anotado su demanda, subsiste eficazmente la constitución del usufructo, no en el sentido de que no puedan prevalerse de la ejecución entablada por otro contra el deudor, sino en el de que, antes de que se dicte la sentencia de remate, no pueden oponerse a que se abandone la ejecución comenzada, y por lo tanto, sea necesario reanudarla por los que pueden hacerlo como inscritos contra un usufructuario tercer poseedor. Con mayor motivo ha de subsistir la eficacia del usufructo para el deudor y sus herederos, y el usufructuario que satisfaciendo el crédito del ejecutante y con la privación de su derecho, extingue a su costa una deuda ajena, aun cuando como adquirente a título oneroso carezca de garantía para la evicción, tiene derecho a ser indemnizado por el deudor. Por eso, si

(1) Análogo a aquél en virtud del cual se prohibe la renuncia a la hipoteca en daño de quien tiene derecho a subrogarse: art. 2.087.

(2) Cfr. en este sentido MIRABELLI, *loc. cit.*, n. 34.

(3) Cosa diferente ocurre en el Código procesal civil de Francia, pues con arreglo a él la traba para disponer no empieza sino con la notificación de la orden judicial de venta, y puede en cualquier momento hacerse que cese con tal de pagar al actor y a los acreedores que hayan inscrito su derecho.

frente al acreedor no está considerado como tercer poseedor, precisamente es en calidad de tal, o sea de adquirente no obligado de modo personal, como viene a estar frente al deudor, siéndole en su virtud directamente aplicable el artículo 2.022, que atiende a las relaciones entre tercer poseedor y deudor.

249. También debo hablar del conflicto que puede surgir entre los derechos del usufructuario y el derecho a obtener el pago de las contribuciones territoriales mediante la venta del inmueble. Para plantear claramente y resolver la cuestión, hay que remontarse a la naturaleza del vínculo jurídico que motiva la imposición de aquéllas. La contribución territorial se valúa conforme a la capacidad contributiva de los fundos, no a la del poseedor; por eso, si representando la previa percepción de una parte de la renta, es exigible de las personas que la cobran, la dificultad de gravar la renta no puede impedir el derecho del Estado y demás corporaciones públicas acreedoras, que debe ser satisfecho con arreglo al valor en venta del fundo, y en atención a la aptitud de éste para procurar una renta en lo futuro. Está obligado personalmente al pago de las contribuciones quien aparece como propietario del fundo en los libros catastrales, y cuando el disfrute esté separado de la propiedad, el enfiteuta o el usufructuario; pero esta división no puede alterar la garantía que el valor del fundo representa para los acreedores de las contribuciones, y por ello tienen éstos derecho a ser pagados con la venta del fundo ejecutando al señor del dominio directo o al nudo propietario. Tampoco varía la seguridad de este derecho porque no guarde correspondencia el resultado de los datos catastrales con la condición jurídica del fundo y quien no haya pedido que se tome razón en aquéllos de la transmisión de la propiedad a su favor o de los derechos de enfiteusis o de usufructo de que es titular, y no esté inscrito, por tanto, en el padrón de contribuyentes, no por ello queda menos expuesto a verse privado de los frutos que el fundo produce y a verse desposeído de su derecho, si el deudor inscrito en la matrícula fiscal no paga las contribuciones. Esta garantía subsiste aun cuando después de publicadas las listas cambie el fundo de dueño, o se grave aquél con un derecho de enfiteusis o de usufructo, porque la carga de las contribuciones impagadas se transmite al nuevo adquirente, quien sólo puede esquivar la ejecución pagando él mismo.

A este crédito por razón de contribuciones, se puede considerar correlativa una doble forma de obligación: la *obligación personal* del poseedor que figure como tal en el catastro y que se constituye

en deudor al publicarse el padrón, y la *obligación real* que grava el fundo, y de la cual es sujeto pasivo el señor del dominio directo o el nudo propietario del mismo, inscrito en el catastro, y cualquiera otra persona que, aun no figurando en él, sea dueña del predio o de un derecho real de disfrute (a). El deudor personal de la contribución (a reserva siempre de su derecho a repetir contra quien en su nombre haya poseído o disfrutado antes el fundo y estuviera sujeto legalmente al pago de las contribuciones, o contra quien voluntariamente haya asumido respecto de él esta carga) está obligado para con el Erario a satisfacer todas las anualidades que no hayan prescrito; el obligado realmente sólo responde al Erario de dos anualidades, la corriente al iniciarse el procedimiento ejecutivo y la del año anterior. El deudor personal responde con todos sus bienes; el deudor real, aun cuando no puede esquivar la ejecución y venta sino satisfaciendo las dos anualidades adeudadas, sólo responde por el valor del derecho que sobre la cosa le corresponda. El agente ejecutivo puede dirigirse contra el deudor personal y embargar sus bienes muebles, y únicamente cuando sean insuficientes está facultado para proceder contra los inmuebles. Contra el obligado con carácter real no puede hacerse trance y remate en bienes distintos del fundo deudor; también en la ejecución para la venta de los inmuebles cabe dirigirse contra los frutos no recogidos que forman parte del fundo y se convierten en bienes mediante la ejecución, y contra los créditos por razón de alquiler o de arriendo que representan el equivalente de la cesión de tales frutos. Si el nombre del obligado realmente está inscrito en el catastro, la ejecución inmobi-

(a) [La obligación real de que aquí se trata está consagrada, en Derecho español, por la existencia de una hipoteca legal a favor de la Hacienda nacional, provincial o municipal, y ha sido reconocida por el Trib. de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia de 27 mayo 1892. «Si bien—dice este fallo—la obligación al pago de los impuestos repartidos sobre todos los predios rústicos, así como sobre las fincas urbanas, afecta para su cobro en primer lugar a los frutos que produzcan, es lo cierto que a defecto de estos frutos existe constituída hipoteca legal en el valor de la finca, o sea sobre el capital que la misma representa, y en tal concepto tanto la Hacienda pública como la provincial o municipal tienen perfecto derecho a hacer efectivos los descubiertos que por el referido concepto resulten sobre el valor que el inmueble afecto al pago represente. Por tanto, el Ayuntamiento de... pudo dirigir su acción, desde luego, contra la finca... sin tener en cuenta cuál fuera el llevador de ésta en la época en que se produjo el descubierto, sin perjuicio de que el poseedor que efectúe el pago ejercite contra su antecesor los derechos de que se crea asistido».]

liaria debe ir precedida de la notificación y citación de remate; si no está inscrito su derecho en el catastro, y, por otra parte, no se ha hecho público el título mediante la transcripción, la ejecución se tramita sin notificación alguna, y no por ello podrá lamentarse de que no se le haya comunicado el procedimiento, puesto que él, a su vez, ha prescindido de anotar la transmisión en el catastro. Sin embargo, puede suspender el procedimiento pagando el descubierto; pero no puede formular *demanda de separación*, ni menos aún alegar su derecho contra el adjudicatario, porque el objeto de la ejecución es su derecho, y esto es lo que con la adjudicación se transmite, aunque no se le diera intervención en el procedimiento.

250. La idea de que la contribución territorial constituye una deuda del predio, aun cuando no corresponde a la construcción romana de la obligación jurídico-privada, se manifiesta con claridad ya en los jurisconsultos romanos, y se daba como fundamento de la responsabilidad que por los atrasos corresponde al nuevo adquirente (1). De este principio, presupuesto en la ley de 14 de julio de 1864, sobre igualación de impuestos territoriales, en que se habla (art. 1.°) de «propiedades sujetas al impuesto», y se proclama (art. 11) que «el tributo es debido por los inmuebles» (a) se debieron deducir pero no fueron deducidas las correspondientes consecuencias y aplicaciones por la ley de 20 de abril de 1871, sobre la recaudación de contribuciones directas. De aquí una primera y grave incertidumbre: si la obligación del poseedor del fundo no inscrito en la lista de contribuyentes, estaba limitada únicamente por la prescripción quinquenal de cada una de las anualidades; duda que fué resuelta claramente por la vigente ley de 1871, con el precepto de que no se debía restringir la facultad de proceder a la ejecución para el cobro de las dos anualidades a que estaba limitado el privilegio conferido por el artículo 1.962 (b) (2). No es, pues, acertado buscar en la norma destinada a

---

(1) PAP. JUST., 7, D. *de publ. et vect.*, XXXIX, 4. *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere.* Cfr. PAPIN., 36, D. *de jure fisci*, XLIX, 14.

(a) [En la legislación española se habla también de los «bienes inmuebles sujetos a esta contribución»: R. D. de 23 mayo 1845 dictando disposiciones para el establecimiento de la contribución territorial, art. 2.°; Regl. Provisional de 30 septiembre 1885, art. 2.°]

(b) [Cfr. art. 1923, n.° 1.°, del Cód. civ. esp.]

(2) Cas. Roma, 17 mayo 1881 *(Corte S. Roma*, 1881, 350).

regular la concurrencia con otros acreedores el fundamento literal de la responsabilidad del poseedor no inscrito en el padrón de contribuyentes: el privilegio no resulta de una relación real con la cosa que constituye su objeto, y no contiene facultad de seguirla en sus transmisiones (1), y por eso, si bien la garantía para la contribución territorial se extiende a todos los bienes inmuebles que posea el contribuyente en el Ayuntamiento donde se recauda la contribución, de las contribuciones impagadas no responden los bienes inmuebles que hayan salido ya del patrimonio de los contribuyentes (2). Esta primera duda la disipó la ley de 4 de abril de 1882, que agregó al artículo 43 de la ley de 1871 un párrafo que declara expresamente el derecho a proceder contra el inmueble *gravado con las cuotas adeudadas,* aun cuando la propiedad o la posesión hayan pasado a personas distintas de la inscrita en la matrícula antes o después de la publicación de ésta, pero limitada la ejecución a recaudar las cuotas del año corriente y del anterior (3).

Ante el silencio de la ley recaudatoria, mayores dudas surgieron sobre la extensión de las obligaciones reales al señor del dominio directo y al nudo propietario; se trató de interpretar los artículos 506 y 1.558 (a) del Código civil, como si quedasen exentos de contribuír el nudo propietario y el señor enfiteuticario. El artículo 44 del primer Reglamento para la ejecución de la ley tributaria (reproducido textualmente en el art. 67 del Reglamento de 2 de junio de 1892) sí presuponía la facultad del agente ejecutivo para proceder contra el señor del dominio directo y contra el nudo propie-

(1) CHIRONI, *Tr. generale del pegno, priv. e ipot.,* t. I, nn. 76, 77, 138 y 140. Nótese que, aun acogiendo la teoría opuesta, el privilegio explicaría por qué el crédito a favor de la Hacienda sigue garantizado con los inmuebles que han dejado de pertenecer al contribuyente después de hacerse pública la matrícula, y cómo no ofrecen tal garantía los inmuebles cuya propiedad ha pasado a otras personas antes de dicho momento.

(2) T. de Apel. de Roma, 15 mayo 1883 *(Temi rom.,* 1883, 269); Apel. Nápoles, 18 septiembre 1885 *(Filangieri,* 1885, 95). Está de acuerdo con esta tesis BIANCHI (E.), *Privilegi,* nn. 431 y 432; en contra: LUZZATI, *Priv. e ipot.,* t. I., n. 870.

(3) El que posee el fundo deudor del impuesto no puede impedir, aunque él personalmente no aparezca en descubierto, que se proceda a la venta forzosa; así se resolvió en diversas ocasiones antes de la ley del año 1882; v. Cas. Roma, 9 julio 1883 *(Circolo giur.,* 1884, 13); 19 julio 1883 *(Legge,* 1883, 2, 723); v. la nota 1 de la pág. 192.

(a) [Arts. 504 y 1.622 del Cód. esp.]

[illegible] cambio prohibía que si no se hubiera procedido a hacerlo, pudiera el agente repetir contra aquéllos, alegando su irresponsabilidad, o ir contra el Estado que hubiera adquirido el dominio directo o el usufructo; a algunos tribunales hubo de parecer contrario a la ley este precepto reglamentario (1), e incluso el de Casación de Roma (2) negó que estuvieran subordinados a la venta del dominio directo los derechos del perceptor contra el Fisco. Predominó en la jurisprudencia, sin embargo, la opinión contraria (3), que fué confirmada por la ley de 1882, la cual, en una adición al artículo 57, atribuyó al señor del dominio directo el derecho a rescatar el fundo «que el recaudador hubiera vendido como libre»; con lo que no sólo se presupone, sino que se estatuye indirectamente, como norma, la venta del dominio directo (4).

La ley de 1882 no resuelve con igual claridad la cuestión, prácticamente más importante, de si la ejecución promovida por el Fisco ha de surtir efecto contra el señor del dominio directo, el nudo propietario o el poseedor a quienes no se les notifique la subasta; pero la afirmativa se deduce del artículo 57, que faculta al señor directo para rescatar el fundo, *haya sido o no avisado*, lo cual presupone la eficacia de la venta del dominio directo; y también resulta así del 43,

---

(1) Apel. Bolonia, 4 noviembre 1876 (*Annali*, 1877, 2, 59); Apel. Lucca 5 julio 1881 (*Annali*, 1881, 2, 75).

(2) Acuerdo de 14 de julio de 1879 (*Corte Supr. Roma*, 1879, 729).

(3) Cas. Roma, 24 diciembre 1881 (*Giur. ital.*, 1882, p. 81); 8 febrero 1882 (*Legge*, 1882, 2, 551); 27 marzo 1882 (*Legge*, 1882, 2, 547).

(4) La afirmación general del principio que obliga al señor del dominio directo a responder de los impuestos sobre la finca, puede verse en el fallo del T. de Cas. de Roma, fecha 1.° de mayo de 1888 (*Annali*, 1888, p. 96), y en el de 28 de enero de 1889 (*Legge*, 1889, 1, 507), además de todas las sentencias citadas en la nota 1 de la p. 192. El mismo tribunal de Roma había declarado ya que en la distribución del importe de la venta realizada del dominio útil no entraba el capital representativo del directo si éste hubiera sido exceptuado del edicto, a reserva de cualesquiera acciones que el recaudador pudiera entablar ulteriormente contra el señor enfiteuticario; pero últimamente ha resuelto que es nulo el convenio entre recaudador y deudor mediante el cual se haga constar en el acta de la subasta que existe un canon gravitando sobre la finca (fallo de 5 de febrero de 1892, *Legge*, 1892, 1, 759); y de otra parte, ha declarado que el crédito garantizado con el privilegio no se limita a la porción de precio que representa el dominio útil, sino que se extiende también a la suma correspondiente al derecho del señor del dominio directo; cantidad que, por indicación expresa de los edictos, estaba el adjudicatario autorizado a retener al abonar el precio de remate (sentencia 5 diciembre 1892, *Corte S. Roma*, 1892, 1, 175).

que reconoce el derecho a dirigirse contra el inmueble, a pesar de la transmisión de propiedad, relacionándolo con los 47, 48 y 67 que, al regular el procedimiento, exigen la notificación de la subasta únicamente a los poseedores y a los dueños directos, cuyos derechos aparezcan en los registros fiscales (1) y a los acreedores inscritos en los registros de hipotecas. La anomalía que envuelve una venta en que no fué parte el ejecutado y que sin conocerla resulta contra él eficaz, es, por lo demás, una consecuencia fatal del sistema imperfecto de publicidad de los derechos inmobiliarios; y quiere apelarse, para defenderlo, a la indicación de que también cuando se trata de deudas privadas (y aun sin darse aquellos poderosos motivos de interés público que requieren la inmediata y segura liquidación de los créditos tributarios), se da eficacia a la venta en daño del tercer poseedor, aunque no se le notifique el requerimiento prescrito en el artículo 706 de la ley de Proced. civ., cuando su título no conste transcrito ni esté anotado en el Catastro (2). Únicamente es de lamentar que aun limitando la obligación del recaudador a la investigación que puede hacer en las oficinas catastrales y de hipotecas, y sin obligarle a indagar las transmisiones *mortis causa* que allí no consten, no se le hubiera ordenado que tomase en consideración, lo mismo que los derechos de los poseedores declarados en los

---

(1) En realidad, cuando son varios los interesados inscritos en el Catastro, aunque todos estén obligados al pago de la cuota tributaria, y no puedan paralizar la ejecución mediante el pago de una parte proporcional (Cas. Roma, 28 mayo 1890, *Foro ital.*, 1890, 1.173), cabe anular la subasta si el procedimiento no se siguió contra los partícipes, sino contra uno solo de ellos: Cas. Roma, 25 enero 1866 (*Legge*, 1866, 1, 1.660); 17 diciembre 1886 (*Corte Supr. Roma*, 1886, 882); Apel. Roma, 22 junio 1887 (*Temi rom.*, 1887, 249), y Cas. Roma, 13 mayo 1891 (*Corte Supr. Roma*, 1891, 172).

(2) Según una opinión que, exagerando el alcance que a la transcripción corresponde, resulta todavía más desfavorable para el tercer poseedor, cabe válidamente privar de su propiedad a éste, aun sin notificación, cuando no haya transcrito el título en virtud del cual adquiriera el inmueble: Cas. Nápoles, 29 septiembre 1882 (*Legge*, 1883, 2, 627); Apel. Florencia, 23 junio 1883 (*Annali*, 1883, 427); Apel. Catania, 19 septiembre 1883 (*Foro catan.*, 1883, 250); Apel. Casale, 6 diciembre 1889 (*Giur. casal.*, 1890, 35). *Contra:* Cas. Florencia, 11 febrero 1884 (*Foro ital.*, 1884, 279); Cas. Palermo, 12 julio 1887 (*Legge*, 1888, 1, 270); Cas. Palermo, 8 septiembre 1888 (*Foro ital.*, 1889, 1, 406); Cas. Nápoles, 1.° mayo 1891 (*Foro ital.*, 1891, 1.026); Cas. Roma, 5 mayo 1893 (*Foro ital.*, 1893, 577); L. MORTARA, en el *Foro it.*, 1884, 279, y MIRABELLI, *Diritto, dei terzi*, t. I, p. 154.

registros de inscripciones, los derechos de los poseedores que en los de transcripciones constasen, para notificar asimismo, a éstos, el aviso de subasta; la laguna de la ley fué subsanada por un artículo del Reglamento de 23 de diciembre de 1866, repetido en el 63 del de 2 de junio de 1892 (1).

Según esta interpretación, que en sustancia coincide con la jurisprudencia en boga, puede proponer la separación de la propiedad y de cualquier otro derecho (sobre los inmuebles que trate de enajenar el agente ejecutivo conforme al art. 63 de la ley de 1871) únicamente el individuo que ni personal ni realmente esté obligado al pago, ni esté inscrito tampoco en las listas de contribuyentes, y, sin embargo, ostente sobre el fundo un derecho distinto al que es objeto de impuesto y que ha originado la vía ejecutiva. El que no pide la separación, conserva íntegra la facultad de reivindicar su derecho del adjudicatario (2); porque la adjudicación no transmite más derechos que los que pertenecían al deudor ejecutado (art. 52 de la misma ley). Pero el obligado realmente tiene derecho a que la ejecución se dirija contra él, siempre que aparezcan inscritos sus derechos sobre el inmueble en los registros catastrales, o que deriven de un título que mediante la transcripción se haya publicado; y si no se le notifica el aviso de subasta, conserva íntegro su derecho contra el adjudicatario (3). De no concurrir aquella circunstancia, la

(1) Ya, anteriormente, se había ordenado en la esfera administrativa que, cuando se iniciaran procedimientos contra los titulares de beneficios eclesiásticos, se diera conocimiento a los Economatos que tenían a su cargo la nuda propiedad de los bienes.—V. la *Nota ministerial* que cita MAGGI en su *Legge sulla riscossione delle imposte dirette*, n. ad art. 47.—Desde luego, el art. 63 del Reglamento contiene una adición a la ley, pero no tengo noticia de que su obligatoriedad se haya puesto en tela de juicio; v. *infra* la nota 1 a la p. 192.—Ofrece carácter subordinado la cuestión de si el recaudador, al practicar las notificaciones, ha de atenerse a lo que resulte de los datos o certificaciones facilitadas por el Catastro y por el conservador de hipotecas; según el art. 48 de la ley de 1871, debe atenerse a esos antecedentes; pero según el art. 2.068 del Código civil, cuando haya discrepancias entre certificaciones y registros, deben prevalecer las indicaciones de estos últimos. El T. de Cas. de Roma (en 23 enero 1893, *Corte Supr. Roma*, 1893, 1, 211) declara nula la venta con respecto al propietario anterior cuando el adquirente haya transcrito su título y comunicado el alta, aun cuando esto no constara, a consecuencia de errores padecidos, ni en los datos fiscales ni en los antecedentes hipotecarios.

(2) Este es, exactamente, el criterio del T. de Cas. de Roma, en su fallo de 18 junio 1880 (*Foro it.*, 1880, 582).

(3) Si el recaudador carece de derecho para promover la subasta, no basta

ejecución surts efecto contra él aunque no le haya sido notificada (1).

251. De la construcción esbozada en las páginas anteriores resulta que tan sólo la inclusión en las listas de contribuyentes cons-

---

con ello para que las partes puedan pretender la nulidad de lo actuado; la venta efectuada es firme y eficaz con relación a ellas, si bien el recaudador habrá de indemnizar todos los daños causados: ley de 1871, art. 73. En cambio, si insta el procedimiento persona facultada para hacerlo, pero no se practican las notificaciones reglamentarias, la subasta es esencialmente nula con respecto a los interesados, y éstos pueden rechazar las pretensiones del adjudicatario y entablar contra él la acción reivindicatoria, aun sin necesidad de que la autoridad judicial deje sin efecto la adjudicación. Con menor fundamento han reconocido algunas sentencias un derecho a pedir la nulidad en caso de no haberse recibido la notificación: Cas. Roma, 7 mayo 1877 *(Foro it.*, 1877, 577); 9 julio 1880 *(Corte Supr. Roma*, 1880, 631). V. también los siguientes fallos: T. de Apel. de Catania, 24 enero 1885 *(Giur. cat.*, 1885, 89); Apel. Nápoles, 22 marzo 1891 *(Imposte dirette*, 1891, 189); Cas. Roma, 13 mayo 1891 *(Corte Supr. Roma*, 1891, 189) y la sentencia citada en la nota precedente.

(1) Con anterioridad a la ley de 1882, varias sentencias consideraron ineficaz la ejecución si no se había notificado el procedimiento a la persona que adquirió la propiedad del fundo, aun cuando se hubiese omitido la transferencia catastral: Cas. Florencia, 22 septiembre 1875 *(Mon. giudiz. Ven.*, 1875, 797); Apel. Catania, 6 mayo 1879 *(Giur. catan.*, 1879, 87); Cas. Turín, 25 junio 1885 *(Foro it.*, 1885, 791). Otras veces se declaró también que era indispensable la notificación si los efectos de la subasta habían de afectar al señor del dominio directo: p. ej., Cas. Roma, 29 octubre 1878 *(Legge*, 1878, 1, 728); y a igual solución llegaron no pocos Tribunales después de la ley de 1882: Apel. Catania, 24 enero 1885 *(Giur. catan.*, 1885, 89); Apel. Palermo, 17 septiembre 1887 *(Esatt. e com.*, 1888, 66); 1.° julio 1889 *(Circ. giur.*, 1889, 59); Cas. Palermo, 4 marzo 1890 *(Foro ital.*, 1891, 76, con una nota en contra suscrita por DE PIRRO). Pero fueron más los fallos en que se estimó que no constando el dominio directo en el Catastro, la subasta se había efectuado con plena eficacia respecto al titular de aquél, aun sin necesidad de hacerle notificación alguna: Cas. Roma, 14 enero 1884 *(Legge*, 1884, 1, 962); Trib. de Lancia, 17 marzo 1884 *(Foro calabr.*, 1885, 13); Cas. Roma, 8 julio 1886 *(Foro it.*, 1886, 959); 23 marzo 1888 *(eod.*, 1888, 529); Apel. Catania, 6 abril 1888 *(Giur. catan.*, 1888, 95); Apel. Catanzaro, 31 julio 1888 *(Gravina*, 1889, 65); Cas. Florencia, 28 julio 1892 *(Temi ven.*, 1892, 431); 4 agosto 1892 *(Annali*, 1892, 265); Trib. de Messina, 26 abril 1894 *(Rif. giur.*, 1894, 279); Apel. Palermo, 5 mayo 1894 *(Foro sic.*, 1894, 176); la primera de éstas con referencia todavía a una ejecución comenzada antes de la ley de 1882.—Igualmente ordenan que se mantenga, aun sin haberse hecho notificación, la validez de la ven-

tituye al individuo en deudor personalmente obligado al pago de la contribución. Y aunque el no inscrito carezca de facultades para liberarse del pago mediante el abandono *(déguerpissement)* o con la renuncia a la posesión *(délaissement)*, no puede negarse que su obligación está limitada al valor del derecho que le corresponde

ta cuando los perjudicados sean adquirentes que no hubieran hecho constar sus derechos en el Catastro: Cas. Roma, 5 septiembre 1882 *(Corte Supr. Roma*, 1882, 604); 20 diciembre 1882 *(eod.*, 1882, 1.005); 9 julio 1883 *(eod.*, 1883, 801); 19 julio 1883 *(Legge*, 1883, 2, 723); 4 febrero 1885 *(Corte Supr. Roma*, 1885, 133); 27 junio 1888 *(Legge*, 1888, 2, 581); 3 mayo 1887 *(Legge*, 1887, 2, 455), incluso tratándose de ejecuciones iniciadas antes de la ley de 1882, y, en el último caso citado, de una ejecución tramitada con respecto al sucesor del señor del dominio directo, que procedía contra el enfiteuta a causa de no haber registrado éste su derecho; de época posterior a la ley de 1882: Cas. Roma, 26 marzo 1884 *(Legge*, 1884, 2, 77); Apel. Roma, 9 abril 1884 *(Imp. dirette*, 1884, 220); Cas. Roma, 25 enero 1885 *(Foro it.*, 1885, 766); 3 febrero 1887 *(Giur. it.*, 1887, p. esp. 140); Apel. Génova, 1.° septiembre 1887 *(Imp. dirette*, 1888, 71); Cas. Roma, 7 diciembre 1887 *(Imp. dirette*, 1888, 325); 22 mayo 1888 *(Annali*, 1888, p. esp., 97); Apel. Messina, 27 agosto 1889 *(Esatt. e com.*, 1889, 28); Cas. Roma, 11 febrero 1889 *(Corte Supr. Roma*, 1889, 69); Apel. Cagliari, 2 abril 1890 *(Imp. dirette*, 1890, 265); Apel. Nápoles, 30 noviembre 1891 *(Imp. dirette*, 1893, 11); Apel. Roma, 29 diciembre 1892 *(Esatt. e com.*, 1892, 41); Cas. Roma, 22 febrero 1895 *(Foro it.*, 1895, 362); esta última aplica la regla a una ejecución iniciada y proseguida contra persona ya difunta. El punto que más se discute es si se necesita la notificación cuando falta la anotación en el Catastro, pero se ha transcrito el título; la solución ha sido negativa en estos casos: Cas. Roma, 19 julio 1884 *(Corte Roma*, 1884, 630); Cas. Nápoles, 25 enero 1886 *(Legge*, 1887, 1, 475); ha sido afirmativa en estos otros: Cas. Roma, 18 junio 1880 *(Foro it.*, 1880, 582); Apel. Nápoles, 22 marzo 1891 *(Imp. dirette*, 1892, 62); Cas. Roma, 18 julio 1891 *(Corte Roma*, 1891, 1, 299). La resolución negativa podría en rigor justificarse teniendo en cuenta que carece de fundamento legal la obligación impuesta por el art. 63 del Reglamento. De otra parte, supone incoherencia incomprensible el hecho de que el recaudador no deba tomar en consideración los derechos resultantes del título transcrito, y que, en cambio, y por encontrar acreedores a quienes hacer la notificación, no haya de contentarse con las inscripciones existentes contra el actual propietario aparente, sino que haya de habérselas, previa doble rebusca en los Registros catastral e hipotecario, con cuantas personas hubieran inscrito derechos contra los dueños anteriores; criterio que han seguido diversas sentencias, como las del T. de Casación de Roma dictadas en 10 de diciembre de 1891 *(Foro*, 1892, 68), 28 julio 1892 *(eod.*, 1892, 1.336) y 28 junio 1895 *(eod.*, 1895, 763).—En tanto que el error de los datos catastrales, con vista de los cuales hayan de practicarse las notificaciones, perjudica al recaudador (v. la

sobre el fundo sujeto al impuesto, ya que el único efecto respecto a él de la ejecución es privarle de ese derecho; y como se ha resuelto muchas veces que es innecesaria la ejecución «mobiliaria» contra el poseedor no inscrito en el Catastro (1), debe estimarse que esa ejecución no puede recaer sino sobre los frutos o la merced del fundo, y en manera alguna puede ampliarse la subasta a otros inmuebles de su propiedad. A causa del sistema imperfecto de la ley tributaria, puede nacer duda respecto al señor directo y al nudo propietario cuyos derechos aparezcan inscritos en el Catastro; duda que la práctica de muchas agencias robustece tomando de los registros catastrales las matrices de las listas, y anotando en éstas a continuación de los nombres de los poseedores los de aquellos a quienes corresponde la nuda propiedad o el dominio directo. Opino que no es correcta esta práctica; pero en manera alguna creo que pueda dársele la eficacia jurídica de ampliar la obligación personal a quien carece del disfrute del fundo, tanto más cuanto que ello tampoco redunda en provecho alguno del Estado, que está suficientemente asegurado, pues ha de cobrar con el valor íntegro del fundo, y a quien más bien le acarrearía un daño esta ampliación; porque si fuera posible dirigir la ejecución contra los demás bienes que aquél posee, tendría que procederse asimismo contra él vendiendo primeramente los muebles y con esto se retrasaría la subasta.

Por otra parte, es manifiesta la injusticia que se comete al someter a tributo parte de unas rentas procedentes de otros bienes, gravando a quienes no disfrutan del fundo y para los cuales la cantidad que paguen no puede ser un sustituto del anticipo sobre las rentas que produzca el predio contribuyente. Esta doctrina cuenta con un fundamento textual: el del artículo 67 de la ley de 1871, que

---

nota 2 a la p. 190), y le perjudica asimismo el basarse en certificados o extractos anteriores en más de diez días a la fecha de anuncio de la subasta (art. 48 de la ley de 1871; v. Cas. Roma, 11 junio 1878, *Legge*, 1878, 2, 460), el error de los Registros catastrales no invalida el procedimiento, aunque provenga de dolo, y el rematante adquiere la propiedad, a reserva de la responsabilidad exigible al culpable: Cas. Roma, 22 agosto 1887 (*Corte Supr. Roma*, 1887, 785); pero puede pretenderse la nulidad de la adjudicación cuando haya dejado de notificarse el procedimiento al verdadero dueño, como consecuencia de un acuerdo desleal entre recaudador y adjudicatario: Cas. Roma, 13 diciembre 1886 (*Corte Supr. Roma*, 1886, 914).

(1) Cas. Roma, 19 julio 1883 (*Legge*, 1883, 2, 723); 25 marzo 1884 (*eod.*, 1884, 2, 77); 20 mayo 1886 (*eod.*, 1886, 2, 384); 22 mayo 1888 (*Annali*, 1888, p. esp., 9).

contiene una disposición especial ordenando sea notificado el aviso de subasta al señor directo inscrito en el Catastro, lo cual presupone que tal notificación no está preceptuada en el artículo 48, y que, por lo tanto, el señor del dominio directo, aun cuando esté inscrito en aquél, no puede ser incluído como deudor en las listas, y no se le debe siquiera intimar de pago previamente. Tampoco faltan sentencias confirmatorias de esta tesis (1), ni le falta el apoyo de autoridades extremadamente celosas de los derechos del Fisco, como MANTELLINI, quien en la discusión de la ley de 1882 propugnaba la facultad de expropiar el dominio directo, pero proscribía explícitamente que se pudiera inscribir, junto al enfiteuta y al usufructuario, al señor del dominio directo y al nudo propietario en las listas de contribuyentes, sometiéndolos con ello a posible ejecución contra sus muebles (2).

Este derecho *de obligación real* tiene de común con el *de obligación personal* el privilegio encaminado a proteger a los acreedores del impuesto cuando sus derechos concurran con los de otros acreedores. La letra del artículo 1.962 (a) no estorba esta interpretación, porque el artículo está redactado en previsión del caso de que sea el contribuyente, deudor personal del impuesto, la persona contra quien va dirigida la ejecución y que es concursado; pero la doctrina del artículo constituye una regla general respecto al contenido y límites del privilegio, que nada impide aplicar al crédito independiente de la obligación personal del contribuyente y que subsiste para con el fundo deudor. Es innecesario señalar el objeto de la prelación unida al derecho de obligación real, porque este objeto no puede ser otro que el fundo deudor del impuesto; en cambio, hay necesidad de señalar el objeto respecto a la prelación unida al derecho de obligación personal, porque de ésta responden todos los bienes del contribuyente, y es necesario establecer qué créditos fiscales pueden satisfacerse de preferencia con aquéllos. A esa designación

(1) El recaudador no puede trabar embargo ni proceder a ejecución con respecto a bienes muebles del señor del dominio directo: Apel. Catania, 24 enero 1885 (*Giur. catan.*, 1885, 89). La Administración no puede proceder contra el patrono, propietario de la capilla, sin excusión previa del capellán, que es—en cuanto usufructuario—el verdadero deudor directo: Cas. Roma, 21 junio 1878 (*Foro*, 1878, 900). Cuando la venta de los bienes muebles no resulta eficaz y suficiente, no es necesario que se proceda a subastar el usufructo *antes* de ir contra la nuda propiedad.

(2) *Atti della Camera*, sesión de 16 febrero 1882.

(a) [Art. 1.923, núm. 1.°, del Cód. esp.]

proveen los artículos siguientes, que extienden el privilegio a todos los bienes inmuebles del contribuyente radicantes en el término municipal en que el tributo se recauda, y los frutos, alquileres y mercedes de los mismos inmuebles. Tanto los acreedores del contribuyente, como los acreedores del obligado realmente, si mediante notificación o por otro camino cualquiera tienen noticia de la subasta, pueden formular oposición con respecto al precio de la venta (artículo 56 de la ley de 1871) e impedir que, en perjuicio de sus intereses, se satisfaga el crédito tributario en mayor cantidad de la que está amparada con el privilegio a favor de la Hacienda.

Es de notar una consecuencia importante de lo afirmado: el que en el mercado libre adquiere el fundo sujeto al impuesto, está obligado a satisfacer todas las anualidades que no hayan prescrito; y si no está matriculado en el padrón fiscal, y por ello no se halla personalmente obligado, tan sólo dos anualidades. Pero el que adquiere en subasta pública, con el pago del precio extingue cuantas obligaciones garantizaba el fundo; y aun cuando concurran otros acreedores y el crédito procedente de impuestos atrasados no quede satisfecho íntegramente, él queda libre para siempre y el Estado no tiene otro medio que dirigirse contra el contribuyente (1).

252. Vamos a ocuparnos, por último, de aplicar los principios ya desenvueltos a la protección del derecho que a poseer tiene el usufructuario. Éste está obligado personalmente al pago de las contribuciones que graven el fundo: su inclusión en la lista de contribuyentes lo hace responsable, además, de las contribuciones vencidas y no satisfechas durante el tiempo en que no gozaba del disfrute; y sólo con *el pago íntegro de todas las anualidades no prescritas*, es como puede esquivar la ejecución contra sus bienes muebles y la venta del fundo usufructuado, así como de los demás inmuebles que posea en concepto de usufructo o de propiedad, no quedándole otro medio que recurrir contra el propietario o contra su predecesor en el disfrute para cobrar de ellos la parte de contribuciones correspondiente a la época anterior al nacimiento de su propio derecho. Si el usufructuario no está inscrito en las listas de contribuyentes, bien porque el usufructo haya nacido después de formarse éstas o por-

(1) Cas. Roma, 10 marzo 1887 *(Foro*, 1887, 516); Apel. Génova, 2 agosto 1887 *(eod.*, 1888, 1.277); Cas. Roma, 3 marzo 1889 *(eod.*, 1889, 333); Apel. Roma, 25 febrero 1890 *(Temi ven.*, 1890, 162); y Cas. Roma, 25 marzo 1895 *(Foro*, 1895, 417).

que haya omitido dar cuenta al Catastro de su derecho de usufructo no está personalmente, pero sí realmente, obligado a satisfacer tales tributos; y aun cuando no responde con otros bienes de su propiedad, no puede impedir el embargo de los frutos del fundo usufructuado, ni la venta misma de su derecho de usufructo, a menos de pagar íntegramente la deuda; la subasta del dominio pleno del fundo no es menos eficaz porque no la haya precedido un requerimiento de pago al usufructuario no inscrito en el Catastro, y con la adjudicación *queda extinguido el derecho real del usufructuario*, no restándole a éste otro recurso que el de dirigirse contra quien disfrutaba de la finca en la época en que se devengó la contribución impagada. Si, en cambio, el fundo usufructuado no es el que está sujeto a la contribución origen del procedimiento ejecutivo, sino un fundo cuya propiedad nuda únicamente tiene el deudor personal de la contribución, el usufructuario *está en su derecho oponiéndose a la venta del pleno dominio* y solicitando la separación de su usufructo; y aun después de la adjudicación, que no puede hacerse legítimamente en perjuicio suyo, conserva íntegro su derecho a poseer y lo puede alegar en cualquier tiempo contra el adjudicatario.

En cuanto a la facultad que el art. 56 de la ley tributaria (modificado por la ley de 2 de abril de 1882) concede para rescatar el inmueble adjudicado en un precio inferior al señalado en el artículo 663 de la ley de Proced. civ., es justo que participe de él el usufructuario ejecutado; pero no, desde luego, para recobrar su derecho de usufructo si lo vendido fué el pleno dominio; lo que cabe hacer es que, puesto de acuerdo con el nudo propietario, rescaten uno el usufructo y el otro la propiedad, o que rescate él el dominio pleno en subrogación del nudo propietario si éste permanece inactivo.

§ 3. La posesión de bienes inmuebles en concepto de usufructo y sus efectos.

Sumario: 253. La posesión a título de usufructo. Efectos de la posesión en general.—254. La carga de la prueba en el ejercicio de la acción negatoria.—255. Situación del poseedor en el juicio sobre responsabilidad.—256. Protección penal de la posesión.—257. Ejercicio de la acción de recobrar la posesión.—258. Medidas preventivas acerca de las perturbaciones de la posesión: defensa privada e intimaciones judiciales.—259. Continuación. Caución por daños temidos.—260. De la acción para retener la posesión.—261. Acción de retener ejercitada en pro y en contra del poseedor del usufructo.—262. Adquisición y pér-

dida de la posesión legítima del usufructo.—263. La posesión del usufructo y la prescripción de la propiedad.

253. Antes de estudiar cómo se protege el derecho a la posesión respecto a los demás bienes que pueden gravarse con el usufructo, vamos a ver qué efectos se derivan inmediatamente del logro de la posesión misma de bienes inmuebles con motivo de un usufructo.

El que en una forma cualquiera llega a colocarse en posición tal que naturalmente le procure la posibilidad de disponer de un fundo, y de impedir su disposición y su goce por parte de los demás, según la terminología de nuestro Código tiene su *posesión*. Este calificativo de poseedor no desaparece por la circunstancia de que goce como usufructuario, viniendo así a reconocer en otro la cualidad de dueño; de igual suerte que se califica de poseedor a quien se sitúa en posición semejante en virtud de una obligación personal por la que otro haya de entregarle el disfrute del fundo (como acontece con el arrendatario, el acreedor anticrético, y aun con el que consigue dicha posesión únicamente en interés de otro, v. gr., el administrador judicial). Por eso el Código a todos ellos los llama poseesores (art. 2.115), aunque los distinga entre sí caracterizándolos con la nota de poseedores en nombre ajeno o en precario (cfr. art. 687), y en otros lugares (arts. 906, 907) dé el nombre de posesión a la tenencia que confiere al albacea en beneficio del heredero. Verdad es que el artículo 439, tomado del 444 del Cód. albert., distingue entre poseedor y detentador; pero no suscita ambigüedades la definición del 685, en que el concepto de posesión se enumera con preferencia al de detentación únicamente para comprender en él el disfrute de un derecho; en el resto del artículo no se limitan los conceptos de detentación y disfrute, sino que se indican alternativamente las formas en que aquéllos pueden existir. El «por sí mismo» no se emplea para designar un propósito especial o *animus* del detentador, como aparece evidentemente de la expresión del término opuesto «por medio de otro», y como resulta acudiendo a la fuente del artículo, o sea al 2.228 del Cód. de Nap., que habla de la detentación y del disfrute *que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes;* fórmula traducida, no sólo en nuestro Código, sino en el Albertino y en el de las Dos Sicilias, y también (y por cierto más claramente) con la frase «por nosotros mismos» en el Código de Parma y en el del Cantón del Tesino (a).

(a) [El Código esp. tiene también un concepto amplísimo de la posesión.

De este artículo resulta que hay que distinguir entre posesión *inmediata*, que corresponde a quien efectivamente detenta, y posesión *mediata*, que atañe a aquél en cuyo nombre detenta el primero (a); puede, a su vez, el poseedor mediato encontrarse con otras personas en relación igual a aquella en que se encuentra respecto de él el poseedor inmediato, y originar de este modo otra posesión mediata de la cosa misma; así, por ejemplo, si el fundo usufructuado lo arrienda el usufructuario, y es después subarrendado; en el cual caso el subarrendador es poseedor inmediato y poseedores mediatos de primero, segundo y tercer grado, son el arrendatario, el usufructuario y el propietario. Puede ser objeto de la posesión el derecho mismo de usufructo, que constituye un bien distinto del fundo usufructuado. Si su carácter real implica una separación del interés del usufructuario del del propietario, debe conservarse independiente la eficacia atribuída a aquel estado de hecho que constituye la representación externa del usufructo, de la del estado de hecho que representa la propiedad; y si el propietario posee el fundo directa o indirectamente mediante la persona que aparece como usufructuario, éste tiene en el ejercicio de su derecho de usufructo una posición autónoma y no subordinada a la posesión del propietario.

Tomando con esta amplitud el concepto de posesión, no hay dificultad en reconocer que su principal efecto es que tenga que probar su derecho quien invoque el auxilio de la autoridad social para removerla o modificarla en su propio provecho (1). Los romanistas, que se fijan exclusivamente en la posesión protegida por los interdictos, se niegan a reconocer como efecto específico el que de igual suerte resulta de la detentación en nombre de otro; pero no se explica este efecto sino acudiendo a los elementos comunes a la detentación y a la posesión interdictal. La carga de la prueba corresponde al actor (2); pero la adquisición del carácter procesal de actor

---

En él todo detentador es poseedor; pero se establece la distinción entre una posesión genérica o *natural*, para la que basta la simple retención o disfrute de una cosa o derecho, y una posesión específica o *civil*, para la que se requiere, además, la intención en el poseedor de tener la cosa o el derecho como suyo.]

(a) [El Cód. esp. recoge esta distinción en el art. 431.]

(1) Y este es el único efecto jurídico que acompaña a la forma más abstracta de la posesión: la posesión de estado.

(2) Observaré incidentalmente que se presentaba una relación idéntica, aunque variasen algo los términos, en el Derecho germánico, que no imponía al actor la carga de la prueba, sino que le confería el derecho de practicarla me-

la determina la circunstancia de que otra persona se encuentre, de hecho, en la situación de la que se le quiere quitar, o en la posición que se quiere obtener; es decir, la circunstancia de que tenga otro la posesión (1).

El segundo efecto de la posesión aparece con la sanción que va aneja a la prohibición de modificar por mero arbitrio de la voluntad privada la posición que ocupa una persona respecto a determinados bienes materiales. Esta prohibición la consagra formalmente, en términos tan amplios y explícitos como acaso ninguna otra ley, nuestro Código penal, el cual, después de prever la lesión directa de los intereses patrimoniales que constituyen los delitos de usurpación, sustracción clandestina, daños y aquellos que se cometen por medio de una intimidación o violencia personal, pena como delito contra la Administración de justicia la simple violencia material, o sea, según lo interpreta la jurisprudencia dominante, el simple hecho de poner mano arbitrariamente en las cosas ajenas con el fin de ejercer un pretendido derecho. Pero aun en los casos en que a la usurpación, caracterizada en una forma cualquiera, va unida únicamente cierta obligación de índole privada y de contenido patrimonial (la obligación del despojante de restituír la posesión usurpada), no hay tampoco un derecho del poseedor que preceda a la usurpación; el derecho a ser reintegrado en la posesión, no es más que el aspecto activo de la obligación que con la usurpación nace y a ella se acomoda para señalarla y fijar su contenido. El derecho preexistente violado por la usurpación y que origina una aplicación de sanciones beneficiosas al interés privado, es un derecho público: el derecho del Estado a que a su autoridad no se sobreponga ni imponga la voluntad individual, y que las relaciones de potestad existentes no experimenten cambio alguno contra la voluntad de los interesados, o sin que intervenga la autoridad, en evitación siempre de posibles peligros para el orden público (2). Corolario de la ilicitud de los actos en que el particular se toma la justicia por su mano es la autorización legal del uso de la fuerza privada cuando se trate de rechazar o de allanar las intrusiones que también por la fuerza se intenten en el ámbito de la posesión. Y a la condena del

---

diante juramento deferido al demandado; por lo cual, la ventaja de la posesión consistía en que el poseedor, en cuanto demandado, era admitido antes a la prestación del juramento.—V. BRUNS, *d. Recht d. Besitzes im Mittelalter*, § 36.

(1) V. los nn. 254 y 255.

(2) V. los nn. 256 y 257.

arbitrio individual se refieren igualmente las disposicipnes que facultan al poseedor para invocar el auxilio de la autoridad judicial a fin de precaverse contra las perturbaciones de la posesión que sean susceptibles de evitarse (1).

Cuando la posesión, finalmente, dada la forma en que se venga ejerciendo, represente una relación jurídica independiente de la persona sobre la cosa, relación en la cual el *animus domini* no es sino reflejo interno y representación subjetiva, y cuando dure un año en tales condiciones que aparezca persistente la relación, el poseedor tiene derecho a que no sea modificado este estado de cosas sin que se pruebe que ante el Derecho objetivo es insostenible su situación. Y con la reunión de estas condiciones, en virtud de las que adquiere la posesión el calificativo de legítima, hay en el poseedor un derecho anterior y preexistente a cualquier despojo y perturbación; derecho que imprime a éstos el carácter de injusticia y autoriza la reacción contra tales hechos sin que por ello se infrinja la prohibición del ejercicio arbitrario del derecho propio (2). Al atribuír este derecho al poseedor, se le garantiza la persistencia de la posesión legítima como interés digno en sí de protección frente a quien no tiene o no puede probar un derecho a poseer, y se le facilita, contra los ataques externos, la defensa del derecho mismo a poseer que haya conducido a adquirir la posesión; por último, se señala ya el lugar que ha de ocupar cada uno al impugnarse ese derecho en e respectivo juicio petitorio y la distribución de la carga de la prueba

254. Abandonada la diferencia entre posesión y cuasiposesión, desapareció el pretexto para persistir en la creencia de que la acción negatoria está fundada únicamente en la prueba de la propiedad. Luego de reconocer que el efecto más general de la posesión es el de dispensar al poseedor de probar su título frente a quien lo impugna, y, por otro lado, de haber admitido la posesión en el usufructo y en la servidumbre, es una inconsecuencia muy singular tratar de impedir que se aplique aquel efecto a esta posesión, y querer dar a la acción intentada por el propietario contra quien ejerce el usufructo el valor de una acción de jactancia («provocatoria») por la cual el demandado quede en el deber de justificar su derecho a poseer. Contra quien, alegando su derecho de propiedad, quiera privar de un fundo al poseedor y suprimir cualquiera actividad que dificulte

(1) V. el n. 258.

(2) V. los nn. 259-262.

el pleno ejercicio de su derecho, cabe admitir, aun aceptada la propiedad del actor, dos formas de defensa. Se puede alegar derecho a poseer el fundo y a realizar actos de disfrute sobre él, en virtud de una obligación personal a cargo del propietario; puede alegarse también un derecho real sobre el fundo independiente del del dueño. En ambos casos es indiferente que el demandado tenga la posesión; la eficacia de ella se extingue al probarse la propiedad del actor. Y si el demandado se opone a su pretensión sosteniendo que éste se halla obligado a abandonarle la posesión o el disfrute, para ello no puede apoyarse en el hecho de tener la posesión por el actor, porque esta posición representa el vínculo de sujeción en que él está con respecto al demandante, pero no a la inversa el vínculo de sujeción en que a virtud de su alegada obligación pueda hallarse el actor con respecto a él. La defensa que haga reviste el carácter de una verdadera excepción, cuya prueba es necesario que realice el demandado.

Pero si, además de la posesión inmediata del fundo, el demandado tiene la del derecho de usufructo, o si, sin la posesión del fundo, tiene la de un derecho de servidumbre, no es él quien con su oposición al actor trata de modificar la relación de potestad que resulta constituída de hecho (aun reconocida la posesión mediata del fundo por el actor), sino que es éste quien, yendo más allá de las consecuencias a que conduce necesariamente el reconocimiento de su derecho a poseer el fundo, quiere alterar la posición en que está el demandado y con la que resulta modificada o limitada su propia posesión. La defensa, por consiguiente, carece del carácter de excepción; constituye una negativa parcial del fundamento de la acción, para superar la cual debe el actor completar la prueba de dicho fundamento y probar, a más de la propiedad, la libertad del fundo y la inexistencia del usufructo y de la servidumbre.

La opinión dominante, tanto entre los romanistas como entre los civilistas, considera al derecho de propiedad como único fundamento de la acción negatoria y arroja sobre el poseedor del usufructo o de la servidumbre la carga de que acrediten el título de su posesión (1). Las razones a que más frecuentemente acuden las resolu-

---

(1) V. PUCHTA, *Pand.*, § 172, y VANGEROW, § 353, II; WINDSCHEID, § 198, n. 15; WAECHTER, § 145, 7; BEKKER, *Actionen*, t. I, c. XI, nn. 22 y ss.; ZACHARIAE, § 219, n. 4; DEMOLOMBE, t. XII, n. 957; LAURENT, t. VIII, n. 288; AUBRY y RAU, §§ 190, 219, n. 43; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, t. III, n. 139; RICCI, t. II, n. 473; BARATONO, *Azioni possessorie*, t. II, n. 261; BIANCHI, *Servitù legali*, t. I, n. 116; GERMANO, *Servitù*, t. III, n. 92, etc., etc. Entre las

ciones citadas, son: la presunción legal de la libertad de la propiedad y el aforismo *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Pero ninguna ley establece ni puede establecer presunción de semejante contenido. Esa presunción, en la doctrina de los prácticos, forma la base aparente del reparto de la carga de la prueba en el juicio en que se ejercita la acción negatoria, y, en realidad, no es otra cosa que una deducción arbitraria de esa distribución (1). Decir que se presume libre la propiedad porque es un derecho absoluto y exclusivo, equivaldría a negar que fuese derecho absoluto cuando deja de ser libre; y se ha observado con razón que es condición normal de la propiedad el estar limitada a causa de las servidumbres (2). El que prueba que tiene la propiedad, por eso mismo prueba que no la tiene otro ninguno, pero en manera alguna que no exista otro en posesión de un derecho modificativo de esa misma propiedad. La aplicación que se hace en este caso, como en otros, del aforismo *ei incumbit* está en contradicción completa con su sentido verdadero, porque lo que significa es que la prueba incumbe al que hace una afirmación, no a quien la impugna; y esa aserción en que está

---

numerosas sentencias dictadas respecto a la acción negatoria de servidumbres prediales, citaremos las siguientes: Apel. Messina, 21 noviembre 1881 (*Legge*, 1881, 1, 774); Cas. Turín, 15 julio 1881 (*Giur. tor.*, 1881, 603); 31 diciembre 1881 (*Giur. tor.*, 1882, 138); Cas. Turín, 11 abril 1882 (*Giur. ital.*, 1882, 292); 30 noviembre 1882 (*Giur. tor.*, 1883, 143); Cas. Nápoles, 22 junio 1882 (*Gazz. proc.*, 17, 378); Cas. Turín, 21 mayo 1883 (*Gazz. tor.*, 1883, 842); Apel. Catania, 4 julio 1883 (*Foro catanese*, 1883, 205); Cas. Turín, 27 marzo 1884 (*Giur. tor.*, 1884, 440); Apel. Génova, 20 julio 1885 (*Foro*, 1885, 1, 1.003); Cas. Turín, 9 diciembre 1885 (*Annali*, 1886, 40); Cas. Palermo, 11 junio 1885 (*Foro*, 1886, 1, 93); Cas. Nápoles, 19 noviembre 1887 (*Dir. e giur.*, 3, 388); Apel. Roma, 29 agosto 1888 (*Temi rom.*, 1888, 410); Apel. Aquila, 23 julio 1889 (*Foro abruzz.*, 1889, 167); Apel. Brescia, 27 enero 1891 (*Annali*, 1891, 226), etc., etc. (a).

(a) [La doctrina española suele también aceptar la opinión clásica acerca del funcionamiento de la acción negatoria. V., por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, t. III, p. 115. El T. S. tiene declarado, confirmándola, que la acción negatoria traspasa al demandado la obligación de probar, como excepción del principio general de incumbir al actor la prueba, ya que el dominio se presume libre mientras no se acredita su limitación (sentencias de 19 enero 1883, 19 febrero 1887, 31 marzo 1902 y 10 junio 1904).]

(1) Cfr. UNGER, *System d. öst. bürg. R.*, § 130 ad n. 31.

(2) BRINZ, *Pand.*, § 171, n. 10.

fundada la pretensión o la excepción, lo mismo puede ser de un hecho positivo que de uno negativo (1).

Adviértase, sin embargo, que si la simple posesión del usufructo o de una servidumbre es suficiente para obligar a que pruebe la libertad del fundo la persona que ejercite la acción negatoria, las ventajas de que goza el demandado no se conceden sino al poseedor legítimo del derecho que modifica la propiedad; el que pretenda rechazar la violación de su propiedad que resulte del ejercicio de este derecho, o se encuentra ya en posesión legítima del fundo, o puede obtenerla únicamente fundándose en la pretensión a la propiedad. Y como poseedor legítimo a título de propietario, puede rechazar cualquier perturbación sufrida en su posesión y que resulte del ejercicio de otro derecho, siempre que este ejercicio ni haya adquirido ni pueda adquirir la cualidad de legítimo; y así se excusa de asumir el carácter de actor en el juicio petitorio, y arroja la carga de probar el fundamento de su pretensión sobre quien quiera continuar actuando. De esta suerte se restringe prácticamente la acción negatoria a la impugnación de la posesión legítima (2). Y no tiene que preocupar demasiado la dificultad de la prueba. No se impone así al actor la prueba negativa indefinida de la libertad del fundo; su campo puede limitarlo, probando en qué momento ha comenzado y en qué título aparente se funda la posesión del demandado y enlazando esta prueba con la de la ineficacia de dicho título para conferir un derecho (3). Si la prueba contraria del demandado no va

---

(1) Cfr. WINDSCHEID, § 133, n. 4.—Para la opinión que aquí aceptamos v. especialmente BRINZ, § 171 y los autores que cita; PARDESSUS, *Servitud.*, t. II, n. 330; DURANTON, t. V, n. 641; LUPARIA, *Azioni possessorie*, n. 245 y en el *Archiv. giur.*, t. XXVI, p. 471; estos últimos, lo mismo que GLÜCK (t. X, ps. 254 y ss.) parece que atribuyen importancia al hecho de que se haya pronunciado un fallo judicial sobre la posesión de la servidumbre. Pero no hay razón alguna para establecer distinciones entre posesión no discutida y posesión judicialmente amparada. El Cód. austríaco (§§ 323, 324 y 523), al menos en opinión de la mayoría de sus intérpretes, resuelve la cuestión en el sentido por nosotros expuesto. RANDA (*Besitz*, § 6, n. 10 a) cree, sin embargo, posible la aplicación de la doctrina común, aun estando vigente el Código. En cambio, dicha doctrina común es seguida por el Cód. civ. alem., § 1.004, que considera como una excepción la defensa contra la acción negatoria; v. los *Motive* del primer Proyecto, t. III, ad §§ 942 a 944.

(2) Esto es lo que no tuvo en cuenta el T. de Cas. de Nápoles en su fallo de 19 de noviembre de 1877 (*Gazz. Preture*, 1888, 557).

(3) En esta forma, y especialmente contra la persona que posee en concep-

dirigida sólo contra la segunda proposición, debe acreditar el título que le ha servido para comenzar a poseer, en vez del indicado por el actor.

255. Al efecto jurídico primero de la posesión se refiere la posición que ocupa el poseedor cuando provoca un juicio de responsabilidad. Responde del daño causado, lo mismo quien infringe un derecho del perjudicado, que quien infringe un precepto legal absoluto o un derecho correspondiente a otra persona, cuando la causa del daño sea esta violación. Dejando a un lado fijar los requisitos subjetivos de la obligación de resarcir, y sin que entremos a investigar si incumbe y cómo incumbe responsabilidad al que con sus actos, o los de persona que obre en su interés, haya producido la violación, o si sólo responde aquel que intencionalmente ha producido el daño, o que pudiéndolo y debiéndolo prever no lo ha evitado, lo indudable es, que la injusticia y el daño constituyen los requisitos objetivos de la responsabilidad. En la palabra *culpa*, empleada por el artículo 1.151 del Código civil (a), que es el precepto de carácter más general sobre la materia, se comprende el nexo causal existente entre una cierta actividad y la violación del Derecho; aunque las teorías más admitidas infieran la imputabilidad del acto dañoso del agente, lo cierto es que esta culpa presupone e implica una violación jurídica; puede existir una infracción de Derecho no imputable, pero no puede darse imputación sin apartarse de las normas de conducta impuestas a los hombres, es decir, sin una desobediencia al Derecho. Pero como quiera que no es únicamente la lesión del derecho del perjudicado lo que da vida a la obligación de resarcir (1), el que deduce esta acción debe probar la injusticia y el daño sufridos, no únicamente que el perjuicio infrinja un derecho suyo propio.

Y esta prueba la da el simple poseedor cuando prueba que el daño depende de la actividad ajena sobre la cosa poseída por él. Prueba el daño resultante de la destrucción o menoscabo de la cosa de que podía obtener utilidad, y con la demostración del simple

---

to de usufructuario, la acción negatoria se desenvuelve demostrando que el usufructo procede de un testamento ineficaz o revocado, de un negocio jurídico realizado por quien no era dueño, etc.

(a) [V. art. 1.902 del Cód. civ. esp.]

(1) Así lo afirmaba, con una expresión legislativa de oportunidad discutible, el § 704 del Proyecto de Cód. civ. alem. En la redacción definitiva hubo de cambiarse dicha expresión. V. los §§ 823 y ss.

hecho de poseer, prueba que se obró injustamente; como quien no posee no puede obtener la protección de los Tribunales para alcanzar el uso y disposición de la cosa sino a condición de probar su derecho sobre ella, hasta que esta prueba no se practique, debe reputarse ilegal su conducta cuantas veces ejercite una actividad sobre la cosa en daño del poseedor de la misma. La prueba del derecho, que excluye la existencia del proceder injusto, y por lo tanto suprime la obligación de indemnizar, recae sobre quien se opone a la acción de responsabilidad (1).

No cambia la estructura de la relación porque el resarcimiento lo pida, en vez de un poseedor en concepto de dueño, el que posea a título de usufructuario, o el que tenga la posesión a virtud de un contrato de arrendamiento. Puede, sí, remitirse al derecho en virtud del cual posee para fijar en medida más reducida el daño cuya indemnización pide; pero como sin probar por qué posee pudiera pretender ser resarcido del daño con más amplitud de la que le correspondería si no reconociera sobre la cosa un derecho concurrente a favor de otra persona, en el acto de reconocerlo así, y al solo fin de limitar sus pretensiones, no tiene necesidad de probar este derecho. Puede oponer el demandado haber obrado dentro del ámbito de su derecho propio, y puede también, sin que se le impute que opone una excepción *de jure tertii*, demostrar que existe un derecho ajeno que excluye cualquier interés jurídico del poseedor a la conservación de la cosa, y que, por lo tanto, aun cometido el perjuicio, no está en relación de causalidad con el daño originado al poseedor; y sólo para replicar a esta excepción necesita el poseedor acudir a la prueba de su derecho.

La protección que indirectamente se otorga al poseedor con las facilidades para el resarcimiento, se completa con la derivada de las sanciones correspondientes a los delitos de usurpación, desviación de aguas, alteración de límites, perturbaciones con violencia en las personas, daños, perturbaciones simplemente, espigado, pastoreo, caza y acceso al fundo abusivamente efectuados (arts. 405, 422-430) (a). Aquí también se da la prueba de la ilegalidad cometida, que constituye el presupuesto del delito punible, cuando se prueba la realidad de la violación posesoria; el acusado queda exento de responsabilidad si demuestra haber obrado dentro de los límites de su

(1) La doctrina no ha parado mientes en esta proposición. A ella alude JHERING, *Fondamento della protezione del possesso* (trad. Forlani), ps. 38 y ss.

(a) [Cfr. arts. 534, 535, 575, 607 y ss. del Cód. pen. español.]

derecho, y puede pedir que sea rechazada la querella, si ésta es necesaria como origen del proceso (arts. 424 y siguientes), demostrando que el querellante carece del interés jurídico que exige la ley. Así ha podido afirmarse, tanto con respecto a la usurpación, como en general respecto a todos los delitos contra la propiedad, que la ley tiende, mediante su castigo, a tutelar la posesión (1).

256. Entre las disposiciones penales citadas al final del número anterior, el artículo 423 se encamina directamente a tutelar la posesión castigando aquella perturbación de la posesión pacífica de bienes inmuebles, que se realiza con violencia en las personas (a). En estos casos no cabe defensa alguna fundada en el derecho del perturbador, ni en falta de legitimidad de la posesión, y sólo puede eximir de responsabilidad la prueba de que no existía verdadera posesión pacífica (2). Más amplio alcance tiene el artículo 235, que castiga el ejercicio arbitrario del derecho propio con violencia en las personas y fuerza en las cosas (b). Los poseedores todos (3) están protegidos contra los actos ajenos que, con objeto de ejercitar un pretendido derecho, alteren arbitrariamente el estado de las cosas que detentan; a ello conduce la facultad que se les concede para provocar el oportuno castigo; y como quiera que la pena se funda

(1) Cas. Roma, 31 enero 1891 (*Legge*, 1891, 1, 778). Los Tribunales de lo criminal tienen el derecho, no la obligación, de remitir a las partes al pleito correspondiente cuando se suscite una excepción respecto al dominio o a la posesión.

(a) [Tiene un ámbito más limitado la disposición del art. 228 del Cód. penal esp., que castiga al funcionario público que perturbase en la posesión de sus bienes a un ciudadano o extranjero, a no ser en virtud de mandato judicial.]

(2) V. CRIVELLARI, *Il cod. penale interpretato*, nn. 129 y ss.

(b) [En el Cód. penal español no hay ninguna figura de delito equivalente a la del art. 235 del italiano, aunque puedan encontrarse, diseminados en sus diversas secciones, preceptos dirigidos a impedir lo que la ley italiana castiga como delitos de justicia privada. Así, comete delito de coacción el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohibe, o le compeliese a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto (artículo 510). El T. S. ha apreciado la existencia de este delito en los actos de violencia realizados por los propietarios contra los arrendatarios para obligar a éstos a desalojar la finca (v. sentencias de 21 marzo 1879, 29 septiembre 1900 y 9 nov. 1907).]

(3) Solamente el *poseedor*, pero no quien alegue un derecho a poseer o haya perdido de hecho la posesión: Cas. Nápoles, 15 noviembre 1880 (*Foro*, 1881, 2, 236); Cas. Roma, 19 diciembre 1895 (*Foro*, 1896, 2, 68).

en la infracción cometida contra la autoridad pública, de la que se ha prescindido para llevar a cabo las pretensiones privadas, no se deja de castigar el acto, aun cuando pueda la sanción atenuarse (artículo 236 del Cód. penal) si se prueba que el poseedor no tenía razón y que al acusado le correspondía un derecho preferente al de posesión. Y ha sido jurisprudencia constante que esta protección alcanza también al poseedor precario contra aquél de quien procede el título de su posesión (1); únicamente falta el elemento objetivo del delito cuando el arbitrio del culpable se ejerce dentro de los límites de la posesión de un derecho que limita la posesión de la cosa; con la sanción penal se tutela, no toda la posible extensión del poder que resulta de la detentación de la cosa, sino la extensión que de hecho tiene este poder (2). Conforme a la jurisprudencia corriente, se aplican las leyes penales a todo acto que contra la voluntad del poseedor cause daños materialmente a la cosa poseída (3), y, cuando

(1) V. STOPPATO, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni* (1896), ps. 239 y ss. y las resoluciones que allí se citan; agréguense el fallo del Trib. de Cas. de Roma de 18 de junio de 1889 *(Foro*, 1889, 2, 415) y el de 8 de junio de 1894 *(Foro*, 1894, 2, 488), con el último de los cuales coincide la sentencia dictada por el propio tribunal en 11 de agosto de 1897 *(Foro*, 1897, 2, 522).

(2) Por consiguiente, no incurre en responsabilidad quien, sin atenerse a prohibición acordada por el dueño, continúa ejercitando sobre el fundo el pastoreo o el paso, según venía haciéndolo antes; contrayendo, en cambio, responsabilidad el propietario que por sí quiera impedirlo; v. Cas. Florencia, 5 septiembre 1889 *(Foro*, 1889, 1, 212). Un fallo del Trib. de Cas. de Palermo (22 agosto 1881, *Foro*, 1881, 2, 461) niega la responsabilidad del propietario por estimar, en contra de la jurisprudencia que dejamos citada en la nota anterior, que una posesión ineficaz para conducir a la adquisición del derecho no está amparada por sanciones penales.

(3) La intención de los redactores del Cód. penal al determinar los requisitos de este delito, era acomodarse a lo dispuesto por el Cód. sardo, que lo hacía consistir en hechos productores de deterioro o daño, realizados con el fin de ejercitar un derecho y no con el propósito de causar perjuicio o de obtener lucro; a diferencia del criterio seguido por el Cód. toscano, que castigaba cualquier acto de justicia privada. V. para los trabajos preparatorios STOPPATO, *op. cit.*, ps. 219 y ss., y CRIVELLARI, *op. cit.*, t. VI, nn. 305 y ss. La fórmula que se adoptó, justifica la tesis de algunos tribunales que se niegan a distinguir entre actos que constituirían una forma normal de disfrute si no recayera sobre cosa poseída por otro, y actos que deben reputarse contrarios a la conducta de un buen padre de familia. Las razones de esta jurisprudencia se ponen de relieve en un fallo del Trib. de Cas. de Roma (23 noviembre 1891, *Foro*, 1892, 2, 228), que considera ejercicio arbitrario del propio derecho el recoger frutos

[illegible] violencia en las personas, aun contra la mera perturbación producida en punto al uso o al disfrute, sin causar alteración de la cosa (1). El arbitrario ejercicio del propio derecho origina además una responsabilidad civil en favor del poseedor (2), cuando el acto ocasiona un daño que se hubiera evitado si el derecho hubiese sido alegado ante los Tribunales; si el poseedor alega haber sufrido daño por menoscabo de la cosa, al existir un derecho probado desaparece toda responsabilidad (3).

257. Junto a las penas con que se castigan los actos de los particulares que materialmente perturben la posesión ajena, se encuen-

maduros en un fundo poseído por otra persona; en otras resoluciones se alude al simple cultivo del predio. La jurisprudencia puede consultarse en STOPPATO, *op. cit.*, ps. 234 y ss.; CRIVELLARI, t. VI, nn. 333 y ss., y MAINO, *Codice penale commentato*, ad art. 235. Según esta interpretación, y prescindiendo de aquellas actuaciones arbitrarias que no impliquen molestia para la posesión, como puede ser la retención de la cosa, que en alguna circunstancia se consideró punible por el Cód. toscano (Cas. Florencia, 17 diciembre 1879, *Foro*, 1880, 2, 92), no cabe castigar la mera molestia realizada por propia mano y contra la voluntad del poseedor, pero sin exteriorizarse en un acto material sobre cosas de posesión ajena; por consiguiente, se llegaría a la exención de responsabilidad, lo mismo que en el caso de las llamadas molestias de derecho, cuando se tratara de aquellas otras molestias nacidas de obras realizadas, no obstante la posesión ajena de un derecho, sobre el fundo propio.—Observaré de pasada que el art. 403 del Proyecto de Cód. penal declaraba expresamente que cuando se realizaba el acto creyendo ejercitar un derecho propio, faltaba la característica esencial del delito de perturbación posesoria realizada con violencia, por lo cual se atenuaba la sanción procedente. Tal indicación desapareció al darse al precepto su redacción definitiva, y como quiera que los delitos de violencia y daños se determinan objetivamente, sin tener en cuenta el fin que impulsara al agente, o sea, la causa de delinquir (que, en cambio, constituye elemento integrante del hurto y de la usurpación: arts. 402 y 422; cfr., sin embargo, CARRARA, *Programma*, p. especial, § 2.014), no acierto a explicarme cómo pueda hallar un apoyo en los textos legales la resolución judicial que aprecia la existencia de un delito de menor gravedad cuando el culpable actuaba creyendo ejercitar un derecho, pero realizó un acto en que se dan los elementos objetivos de la violencia y el daño (v. la sentencia del Trib. de Cas. de Roma de 8 de marzo de 1897, *Foro*, 1897, 2, 248, y los demás fallos que allí se citan).

(1) Tal podría ser, por ejemplo, el acceso al fundo ajeno y, especialmente, la prohibición de usarlo, cultivarlo o construír en él.

(2) Cas. Roma, 28 abril 1893 (*Foro*, 1894, 2, 81).

(3) Cfr. LAI, *Principii generali della resp. per delitti o quasi delitti* (Cagliari, 1880, § 82).

tra la sanción civil, consistente en restituír, y que se otorga a todo el que haya sido parcial o totalmente despojado a virtud de tales actos. No hay necesidad de extensos razonamientos para demostrar que la restitución puede darse aun contra el propietario, y a favor de quien en su nombre posee a título de usufructo, en cuya conclusión están conformes tanto los que reconocen como los que niegan el derecho a restitución con respecto al detentador en nombre de otro, porque los segundos también reconocen en el poseedor a título de usufructo el doble carácter de detentador en nombre ajeno y de poseedor del derecho de usufructo. La mayor parte de los escritores italianos rehusan, a los efectos de la restitución, distinguir entre poseedor en nombre propio y en nombre ajeno (1); y ésta es la doctrina más conforme al texto de la ley (a), que, al hablar de *posesión*, comprende una y otra forma, y la que satisface más las exigencias del orden público y sirve para prevenir que las voluntades individuales actúen contra esos actos como reacción de todos los intereses lesionados. Únicamente en esta forma se logra asegurar la restitución al arrendatario, sin reconocer por ello una facultad análoga en el ejercicio de los derechos de obligación (2), que produciría consecuencias prácticamente inadmisibles; y no porque se amplíe así la restitución, y porque se atienda al concurso de los requisitos objetivos de la posesión, y a la restitución misma se le dé eficacia únicamente provisional y que en manera alguna perjudica a la resolución que pueda recaer sobre el derecho, han de sobrevenir los inconvenientes que han movido a algunos escritores a propugnar una distinción, que asimismo carece de fundamento en la ley y es de aplicación muy incierta, entre detentación ejercida en nombre ajeno, en propio nombre y en interés de otro (3). Las reminiscen-

(1) LUPARIA, *Azioni possessorie*, nn. 258, 260; SCIALOJA, *Commento del cod. di proc. civ. per gli Stati sardi*, t. I, p. I, n. 1.072; BARATONO, *Azioni possessorie*, t. II, n. 190; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, t. III, n. 50; BORSARI, §§ 1.427, 1.481; RICCI, t. V, n. 105.

(a) [El Cód. esp. concede la protección posesoria a *todo poseedor* (art. 446), y, por lo tanto, no cabe duda que, en nuestro Derecho, puede utilizar los interdictos de recobrar y retener todo aquel que tenga una posesión, sea ésta natural o civil, en nombre propio o en nombre ajeno. La sentencia del T. S. de 21 noviembre 1904 ha declarado que tiene el carácter de poseedor, y, por consiguiente, el derecho de ser respetado y amparado en su posesión, el *tenedor de la cosa para su disfrute, aunque el dominio pertenezca a otro.*]

(2) Como hace RUFFINI, *L'actio spolii*, p. VI, c. III, § 2.

(3) MATTIROLO, *Diritto giudiziario*, t. I, n. 271. La distinción, que al dis-

cias del Derecho romano han llevado a la jurisprudencia (1) a incurrir, aunque raramente, en ambigüedades e imprecisiones al fundamentar fallos justos en su esencia (2); cuando se ha negado la restitución, no faltaba sólo la posesión en nombre propio; no existen los requisitos objetivos de la posesión por parte de quien ejerce sobre una cosa una potestad de hecho, por cuenta de otro, en la propiedad privada, mercantil o industrial de éste, en razón a la existencia de un vínculo que motive que cuanto haga respecto de la cosa o sobre la cosa requiera previamente sus instrucciones y órdenes (3).

Hay que aceptar la opinión que ha acabado por prevalecer en la doctrina y en la jurisprudencia sobre los requisitos del despojo que son necesarios para que se produzca el recobro o restitución (4). No hay necesidad de que haya sido empleada la fuerza

---

cutirse el Proyecto de Cód. civ. alem. fué defendida por WENDT (*Arch. f. civ. Pr.*, t. LXXIV, p. 135), no fué aceptada al procederse a la redacción del texto definitivo, que extiende a favor del detentador la protección posesoria. Al apreciar las objeciones que se han formulado contra esta extensión, convendrá recordar que también podrían formularse contra cualquier forma de protección posesoria, y, por tanto, sus efectos son radicalmente distintos de los que produce el sistema vigente entre nosotros, que tiene por base la diferenciación entre mantener y recobrar la posesión misma.

(1) Que reconoce el derecho del arrendatario a recobrar los bienes: v., por ejemplo, Cas. Turín, 24 noviembre 1875 (*Foro*, 1876, 375); Cas. Florencia, 5 julio 1889 (*Foro*, 1889, 1.111); Cas. Nápoles, 5 diciembre 1891 (*Foro*, 1892, 365); Cas. Florencia, 2 julio 1894 (*Legge*, 1894, 2, 440); Cas. Roma, 7 diciembre 1894 (*Legge*, 1895, 1, 140), etc.; y el del usufructuario contra el propietario: Cas. Turín, 29 enero 1889 (*Legge*, 1889, 1, 515).

(2) Cas. Turín, 31 diciembre 1886 (*Giur. tor.*, 1887, 78); Cas. Roma, 26 marzo 1889 (*Legge*, 1889, 2, 256); Cas. Turín, 14 mayo 1891 (*Giur. tor.*, 1891, 643).

(3) Tomo del § 805 del Cód. alem. este preciso criterio para fijar los límites extremos del concepto de posesión. Dada la forma en que se regula la restitución, estaría fuera de sazón referirnos ahora a la controversia francesa sobre si esta acción debe o no admitirse como distinta de la *complainte:* controversia que, por lo demás, carece ya de importancia, toda vez que se obliga a restituír aun en los casos de mera detentación. Respecto a la opinión contraria, v. TROPLONG, *Prescription*, nn. 305 y ss. Cfr. también GARNIER, *Action possessoire*, p. I, c. I, § 2; AUBRY Y RAU, § 489, n. 1 (de la 5.ª edc.).

(4) V. las sentencias que cita MATTIROLO, *Dir. giud. ital.*, 2, I, 270; v. también BARATONO, *Azioni possessorie*, t. II, n. 198. BIANCHI (*Servitù legali*, nn. 147 y ss.) estima que la opinión dominante es la que distingue entre despojo y perturbación teniendo en cuenta la gravedad de los medios puestos en juego para atentar contra la posesión. Pero aun admitiendo, de acuerdo con

para vencer la oposición del poseedor, ni ficción para impedir esa resistencia; tampoco es preciso que además de haber puesto mano arbitrariamente en la cosa poseída, ésta haya sido estropeada o sufrido menoscabo (1). Es necesario, sí, que la posesión se haya arrebatado por un acto arbitrario, ignorado del poseedor o que éste haya manifestado intención de impedir. En el primer caso reviste el despojo la cualidad de *clandestino*, y de *violento* en el segundo; requisitos que son exigidos por la ley como condiciones para recobrar la posesión. Si en el Derecho romano la *vis*, que era supuesto indispensable para ejercitar el interdicto de recobrar *unde vi*, era una violencia contra la persona del poseedor, una violencia corporal o por lo menos una intimidación (2) (y en todo caso una cosa distinta de aquella *vis* que hubiera podido rechazarse con el interdicto *retinendae possessionis* y que comprendía la simple oposición a la voluntad del poseedor) (3), no puede volverse a este concepto después que el desarrollo iniciado desde el Derecho bizantino, y continuado con las aplicaciones hechas por los canonistas anteriores a Graciano de la *exceptio spolii*, hubo de llevar, en la práctica del Derecho canónico posterior (que extendió su influjo tanto a la legislación estatutaria italiana como sobre el Derecho consuetudinario francés), a reprimir con la acción para recobrar la posesión todo acto contrario a la voluntad del poseedor (4).

esta doctrina, que el mantenimiento en la posesión puede tener asimismo un carácter recuperatorio (v. *infra*, n. 260), y reiterando que no considero admisible la restitución cuando se trate de meras molestias (v. *infra* las nn. 2-4 de la p. 214), observaré que muchos de los escritores citados por BIANCHI como partidarios de la opinión dominante seguida por él, no exigen—pese a alguna expresión equívoca—una violencia o clandestinidad notoriamente acusadas para apreciar la existencia de un despojo de los que obligan a restitución; antes bien, suelen encontrar los elementos suficientes para ello en la simple arbitrariedad del acto contrario a la voluntad presunta o expresa del poseedor. V., por ejemplo, contra el pasaje de SCIALOJA que cita BIANCHI (n. 1.047 de la edición original), el n. 1.051.

(1) Estos caracteres exige para el despojo BIANCHI, entre otros autores (*Servitù legali*, n. 151).

(2) V. SAVIGNY, *Besitz*, § 40; MEISCHEIDER, *Besitz und Besch.*, Apéndice III.—Cfr., de todos modos, JHERING, *Fondamento della protez. del poss.*, VIII.

(3) SCAEVOLA, 73, § 1, *de reg. jur.*; cfr. SAVIGNY, § 37; WINDSCHEID, § 159, n. 4.

(4) V. sobre todo esto RUFFINI, *Actio spolii*, especialmente p. II, c. I, § 5; p. III, c. V; p. IV, c. IV; p. V, c. IV; p. VI, c. I, § 2, c. II, § 1.

Aun dada esta amplitud al concepto de violencia, no es ocioso tomar en consideración por separado el despojo clandestino para señalar la admisibilidad de la restitución incluso en el caso de que el poseedor no haya podido manifestar su voluntad contraria. En este caso no ha lugar a aquella sanción penal contra el ejercicio arbitrario del propio derecho (1), a la que sigue aún coordinada íntimamente la acción recuperatoria o restitutoria. A medida que se fué ampliando el número de hechos contra los cuales se podía reobrar mediante el ejercicio de la acción de despojo, se iba borrando el carácter de los remedios a los cuales había ésta sustituído, encaminados al nacimiento de una obligación originada por la violación de un precepto de orden público; había que buscar el fundamento en el interés del poseedor, haciéndose muy difícil conciliar la medida de esta protección con la importancia que representa la posesión frente al derecho. Pero se ha restablecido la primitiva relación ampliando el precepto de orden público que condena toda modalidad del arbitrio individual o justicia privada expresado en el artículo 253 del Código penal; incluso prescindiendo de éste, el régimen para el ejercicio de la acción de restituír, como acción estrictamente personal, ejercitable únicamente contra el autor del despojo, e independiente tanto de la buena fe del poseedor como de la relación en que se halla con el despojante, basta para demostrar que tiene un fundamento extraño a la posesión, o sea la desobediencia al precepto legal que prohibe alterar las relaciones de potestad existentes sin que la autoridad intervenga (2).

No ataca esta prohibición y, por tanto, no motiva restitución alguna el que la desposesión ocurra, aunque sea injusta o irregularmente, interviniendo la autoridad, como sucede, en primer lugar, con aquella misma resultante de una restitución, o la que se practique en ejecución de sentencia dictada contra un tercero, o la dimanante de una sentencia o resolución judicial. Tampoco se reintegra

---

(1) Cfr. MASUCCI (L.), *Lo spoglio nei suoi rapporti simultanei con l'azione di manutenzione e col reato di ragion fattasi*, en *Filangieri*, 1883, ps. 53 y siguientes.

(2) A esta fase del desenvolvimiento no presta atención RUFFINI, que en la última parte de su hermoso libro cree poder demostrar que la acción recuperatoria de posesión en nuestro Derecho ha conservado la naturaleza de la *actio spolii* del Derecho medieval, porque se modeló sobre ella, y no atribuye ninguna importancia a la exclusión de la acción contra el tercer poseedor determinada «por motivos de oportunidad».

en la posesión al titular privado de ella a causa de un error suyo casual o provocado, o por error o infidelidad de un representante suyo, ya que la pérdida ocurre en estos casos a causa de su voluntad, aunque ésta se haya determinado por error o por una voluntad a quien la ley o un mandato anterior suyo le asignen los efectos de la suya propia (1).

Del significado literal y tradicional de la palabra *despojo* se infiere otro requisito de la acción para recobrar la posesión: que haya sobrevenido la privación total o parcial y no una perturbación simplemente de la posesión misma. Con cierta frecuencia los escritores (2) y más raramente los Tribunales (3) amplían la restitución al caso de simples molestias realizadas con violencia; pero debe rechazarse esta aplicación, no tanto por las razones que el texto de la ley proporciona (4) y por la historia misma de la acción, como por una razón económica. Sin alteración material del fundo puede pasar la posesión de una persona a otra; pero muchas veces no puede restablecerse la posesión en la medida y en la calidad de su ejercicio anterior sin modificaciones, y sería grave que éstas hubieran de realizarse para reobrar contra una perturbación arbitraria que sancio-

---

(1) El acto mediante el cual se priva de la posesión del fundo a quien lo tenía, yendo así contra su voluntad, supone por necesidad haber puesto mano en el predio; esto es, el elemento indispensable, según la interpretación usual del Código penal, para indicar la violencia en las cosas y hacer punible el ejercicio del propio derecho. Una nueva diferencia entre los supuestos de que parte la reacción penal y los que sirven de apoyo a la civil, resultará si se admite, de acuerdo con la jurisprudencia en boga, el despojo y la restitución de los derechos; entonces podría efectuarse una privación arbitraria, que perjudicara al poseedor del derecho, mediante actos realizados en el fundo propio y sin afectar materialmente a las cosas de posesión ajena. Sobre esta cuestión, v. MATTIROLO, t. I, nn. 276 y ss.; BIANCHI, *Serv. leg.*, nn. 256 y ss. La solución es materia que no atañe al presente estudio, porque el poseedor del derecho de usufructo consigue, cuando se le repone en la posesión del fundo, el mismo efecto que lograría al ser restituído en la posesión del usufructo.

(2) V. LUPARIA, *Az. poss.*, n. 261; RICCI, t. V, n. 103.

(3) V. en el fallo dictado con fecha 30 de marzo de 1883 por el T. de Cas. de Roma *(Foro*, 1883, 577) la distinción entre despojo parcial y molestia.

(4) En vano se nota que no es conforme con el texto de la ley admitir contra el despojo el planteamiento de la acción de retener la posesión que procede en caso de molestia. El despojo constituye una molestia, pero la molestia no siempre implica despojo, y la posesión legítima, como diré más adelante, puede mantenerse, porque el despojo no hace perder sino la detentación.

na ya la ley penal; y que sin otra base que la simple demostración de un estado de hecho se perjudicara irreparablemente la situación de quien en definitiva sea reconocido titular del derecho (1).

Corolario de esta tesis es que el poseedor mediato no pueda deducir esta acción contra el poseedor inmediato. Posible es que la actividad del poseedor inmediato modifique para el presente y el porvenir la relación de potestad establecida, merced a él, entre el poseedor mediato y la cosa; y ya veremos cómo y cuándo puede éste defenderse contra la perturbación que se le cause; pero no es posible que aquella actividad acarree a éste la desposesión, porque en tanto existe su posesión en cuanto existe la relación personal entre poseedor inmediato y mediato, en la cual relación no ejercen influjo alguno los actos realizados por aquél; y donde no existe despojo no ha lugar a restitución.

Cuando ésta se pide contra el tercero que despojó a quien poseía como usufructuario, redunda también en favor del propietario o de aquel en nombre del cual se poseía antes. Le beneficia indirectamente en cuanto que, volviendo el fundo a poder de quien lo poseía en su nombre, recupera eficacia la garantía que tiene respecto a éste. Le favorece directamente en cuanto puede prevalerse de la condena lograda y no ejecutada contra el espoliador para volver él mismo a la posesión que tenía mediante otro; a condición tan sólo de probar la existencia de la relación con el poseedor inmediato; está representado en la posesión por el detentador y una vez probado respecto a éste el delito de despojo, se tiene por probado con respecto a él.

Puede también éste tomar la iniciativa en la defensa contra el despojo si nada hace el detentador (2); pero no puede admitirse, como se hace en los sistemas jurídicos en que sólo se otorga este recurso al poseedor mediato y es negado al detentador, que si se querella de haber sido despojado en la persona del detentador, a espal-

---

(1) No cabe aducir esta misma razón contra la jurisprudencia predominante, que permite restituír derechos corporales, porque si con respecto a éstos el despojo puede ir unido a una alteración material del estado del fundo sobre que recaen, lo corriente es que se pueda recobrar su ejercicio sin necesidad de remover las modificaciones efectuadas, o, por lo menos, sin que sea preciso poner el fundo en su primitiva situación, y por tanto, sin sacrificar provisionalmente las ventajas económicas que la modificación misma pueda suponer.

(2) BARATONO, *Az. poss.*, n. 240; Cas. Turín, 11 junio 1892 *(Foro*, 1892, 1.294).

das de éste pretenda que se le reintegre en la posesión; debe pedir que se le notifique a éste el juicio, para que pueda intervenir, tomar la litis a su cargo y solicitar, si le conviene, que se lleve a cabo la restitución en su propio beneficio. Cuando, citado, no acuda al juicio, ninguna dificultad hay en que la sentencia reintegre en la posesión al poseedor mediato (1).

Por analogía quiere resolverse cuando la detentación pase a los herederos del que la tenía a título de usufructuario, creyendo que, no obstante haberse extinguido el vínculo jurídico origen de la posesión mediata, los herederos continúan detentando precariamente en su nombre (2); pero lo mismo que pueden impedir todo cambio arbitrario del estado de hecho en que estaban a virtud de la apertura de la sucesión y solicitar que se les reintegre contra el propietario mismo, de igual suerte pueden rehusar el reconocimiento de la relación en que vienen a situarse por la apertura de la sucesión frente a él y pedir para sí provisionalmente la restitución.

258. Si se amplía el concepto de la violencia, resulta inadecuado para señalar los ataques contra los cuales puede defenderse el poseedor mediante el uso individual de la fuerza. La defensa estrictamente pasiva dirigida a impedir que se produzcan modificaciones de la posesión es imposible si no se intentan éstas a presencia del poseedor o de su representante; cuando a estos atentados no les acompaña la amenaza de una violencia personal, puede impedirse su consumación sin violar derecho alguno ajeno; si surge dicha amenaza, aun cuando no esté dirigida contra la integridad corporal, sino empleada como medio para atentar contra los bienes patrimoniales, se justifica la reacción que se despliegue dentro de los límites de la necesidad y que puede desconocer derechos del agresor no desproporcionados con la importancia del interés que la agresión pone en peligro (3).

---

(1) El § 868 del Cód. alem. ha previsto expresamente y ha resuelto el conflicto entre las acciones del poseedor inmediato y del detentador, ordenando que el primero demande la restitución en favor de la persona del segundo; y si éste no quisiera o no pudiera aprovechar dicha restitución, puede aquél pedirla en su propio beneficio y persona.

(2) Cfr. LAB., 60, § 1, *loc. cond.*, XIX, 2; v. el n. 263 *in fine*.

(3) Debe estimarse que esta justificación ha sido consagrada por el art. 49, n. 2, del Cód. penal, al que ha solido acudir la jurisprudencia cuando la defensa de la posesión se haga empleando la fuerza privada; v., por ej., Apel. Palermo,

Por el contrario, no son susceptibles de impedirse, y sí sólo de removerse aquellos ataques a la posesión, ignorados del poseedor y realizados contraviniendo una prohibición suya, pero cuando él no está presente; y la reacción contra ellos carece del carácter de defensa pasiva *(Notwehr, Abwehr)*, y tiene el de defensa activa *(Selbsthilfe)*, que es distinta lógicamente de la primera, y que está comprendida en nuestro sistema jurídico en la punición general de cualquiera acto arbitrario del ejercicio de nuestro propio derecho. Desconocen estos principios la doctrina y las resoluciones que, invocando el aforismo romano *vim vi repellere licet*, niegan que suponga violencia personal la *vis* que constituye la base común de la prevención mediante reacción privada y de la represión con el interdicto de recobrar *unde vi*, mientras que la violencia que constituye el supuesto de la restitución comprende muchos casos en que no hay posibilidad de prevención. Todavía es aplicable el otro aforismo romano *qui continuat non attentat*, para justificar la reacción individual contra la alteración ya realizada, pero únicamente cuando se trate de una reacción que no comience, aunque sea inmediatamente, después de dicha alteración, sino que pueda considerarse como continuación y desarrollo de una reacción iniciada con anterioridad (1).

---

31 marzo 1894 *(Foro sic.*, 1894, 60); Apel. Cagliari, 20 julio 1895 *(Giur. sarda*, 1895, 360). No vale objetar que si el art. 49 legitimara en tales términos la defensa, resultaría superfluo el 376, que sólo excepcionalmente y cuando concurre un peligro indirecto para la seguridad personal, justifica el homicidio y las lesiones que se causen en defensa de la propiedad. La reacción amparada por el art. 376 no está comprendida en la inmunidad que se otorga en el 49 porque es aquella (n. 2) que se despliega cuando se trata de violencia personal posible y próxima, aún no puesta en ejecución por el agresor; o bien (n. 1), la que se lleva a cabo después de haberse sufrido la violencia personal, y encaminada a poner a salvo los bienes, no la destinada a impedir que la violencia se consume. El art. 376 sirve también para determinar en qué casos no implican inresponsabilidad el homicidio y las lesiones causadas en acto de defensa e inferidas a quien no atentaba contra la vida o integridad personal del defensor, aunque no resulte, por tanto, inmediatamente la proporción que suele exigirse con justicia entre la amenaza y la reacción que a ella subsigue.

(1) Cfr. SCOTTI, *Questioni pratiche in materia poss.* *(Archiv, giur.*, t. XV); PUPPA, en *Foro*, 1881, 2, 113 (a).

(a) [En la doctrina patria, v. el trabajo de MARTÍ MIRALLES, *Spoliatus, ante omnia restituendus*, p. 159.]

Otro medio de prevenir, más bien que de remover, las molestias causadas a la posesión está en la denuncia o interdicto de obra nueva cuando exista fundamento para temer que con ella se cause perjuicio al derecho que se ejerce sobre el fundo. Conforme a la tendencia general de limitar todo lo posible el campo de la defensa privada, se atribuye a esta demanda tan sólo el efecto de suscitar el mandato del Juez para que se suspendan las obras (a); y en esto está la primera diferencia característica con la *operis novi nunciatio* del Derecho romano que constituía por sí misma un acto privado de suspensión (1) y que sólo luego de intimada la suspensión originaba una eventual intervención del Magistrado, requerido para resolver si se daban o no las condiciones exigidas por el Edicto para que la *nunciatio* tuviese eficacia bastante a suspenderla (a reserva de ventilar después si había o no derecho a impedir la obra) (2). El retraso de este juicio no privaba de utilidad a la intimación; el fin de aquélla hubiera quedado frustrado totalmente si hubiera habido que anteponer a la intimación el estudio de la relación jurídica en que estaba el demandante con el fundo, y hacer depender de ese examen el resultado. Muchos escritores, por reminiscencias confusas y aplicaciones fragmentarias e incoherentes del Derecho romano, dicen que la demanda es indiferente que se funde en motivos de propiedad o de pose-

(a) [V. los arts. 1.663 y sigs. de nuestra ley de Enjuiciamiento civil.]

(1) Ulpiano, 1, § 2, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1: el Pretor, en su Edicto, autorizaba a los particulares para pedir la suspensión con efecto prohibitivo igual al de los interdictos y como si obraran por delegación de su autoridad; sólo para precaverse contra la *contemptio* de la *denuntia*, que el mismo Edicto admitía en los casos en que la suspensión de la obra pudiera acarrear un peligro público (Ulpiano, 5, § 13, *eod.*, 1, § 8 *De remiss.*, XLIII, 25), se autorizaba de modo previo la expedición de un decreto que facultara para deducir la demanda: Ulpiano, 16; Paulo, 19, *h. t.*; cfr. Rudorff, *Ueber d. Nunciationsverfahr.*, en los *Jarhb. d. gem. R.*, t. IX, p. 128.

(2) *Post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriæ juris dictioni:* Ulpiano, 1, § 9, *h. t.* El juicio se provocaba, en caso de que el nunciante reclamara contra su inobservancia, con el *interdictum de opere restituendo*, llamado también *demolitorium:* Ulpiano, 20 pr. *h. t.* A ello corresponde en nuestro Derecho la facultad concedida por el ap.° último del art. 940 de la ley procesal civil; en nuestro Derecho es posible también, por consiguiente, después de la intimación o requerimiento, una discusión que no afecte al fondo del asunto, sino circunscrita a los límites mismos de la materia posesoria que debe examinarse necesariamente como elemento para decretar la suspensión de las obras.

sión (1), con lo cual el reconocimiento de estos motivos se convierte en el supuesto básico de la suspensión, cuando en realidad el pretor, única autoridad competente para proveer a la denuncia, puede no tener competencia para juzgar sobre tales derechos de propiedad.

Igualmente es un error que la posesión legítima sea el fundamento de la denuncia (2). En el procedimiento sumario (que cabe no sea contradictorio), que precede al mandato de suspensión, no puede entrarse en investigaciones sobre la pertinencia de esa posesión, que envuelve indagar las condiciones en que fué adquirida y lo que dura, y menos aún cabe que tan rápidamente se aporten en tiempo útil todos los medios necesarios a la defensa. Habida cuenta del propósito que busca el demandante, o sea obtener una garantía contra el daño, sería desproporcionado que aspirase a que se practicaran aquellas pruebas y aquella defensa que han de conducir al más importante resultado de fijar cuál sea su posición procesal en la contienda sobre la pertenencia del derecho. Más todavía; la persona a quien se le manda suspender la obra quedaría privada de una seguridad importantísima cuando la admisión de la denuncia implicase el reconocimiento de la posesión legítima por el actor, sin que aquélla hubiera sido parte en discutirla y reivindicarla para sí.

Pero alguna base debe tener la resolución que admite la denuncia; siempre es un juicio que el Pretor abre sobre las circunstancias de las cuales resulta el interés jurídico del que demanda; y esta base está en el hecho, fácil e inmediatamente comprobable, de la simple posesión. La doctrina contraria no puede hallar fundamento alguno en los términos del artículo 698, pues cuando se asignan efectos jurídicos a la sola posesión legítima, esta cualidad se menciona siempre expresamente, y es natural que así se haga, ya que al concepto de posesión se le da un ámbito tan comprensivo que se incluye en él aun la que se tiene en nombre y por cuenta ajena. Ni hay peligro alguno visible de arbitraria intrusión en la esfera de la actividad legítima de los demás (mediante la denuncia, v. gr., de un poseedor inmediato con perjuicio de la persona misma en cuyo nombre posee), si tomamos en consideración que la denuncia de obra nueva

(1) PISANELLI en el *Comment. del Cod. di proc. civ. degli Stati Sardi*, t. I, p. I, nn. 218 y ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, t. III, n. 159; BARATONO, *Azioni possess.*, t. II, n. 164; RICCI, t. V, n. 114; BORSARI, § 1.489, etc. Cfr. también PESCATORE, *Filos. e dottr. giur.*, t. I, p. III, c. 12, 13; MATTIROLO, t. I, n. 315.

(2) Cas. Roma, 17 julio 1890 (*Foro*, 1890, 911).

se hace siempre de cuenta y riesgo del demandante y que con la demanda deducida viene a asumir una responsabilidad cuya eficacia está previamente asegurada, si no se halla en una relación jurídica independiente con el fundo y sin que, por lo tanto, tenga derecho a impedir la ejecución de la obra.

Una vez comprobado que la denuncia se refiere a una obra nueva, comenzada hace menos de un año, sin terminar todavía, y que puede acarrear un daño al fundo o al derecho que, sea cualquiera el título y la forma, posee el actor desde luego (a), no puede el Pretor hacer otra cosa que o suspenderla, obligando al demandante a garantizar a aquél el resarcimiento del daño que pueda producirle una suspensión injusta, o autorizar la continuación y obligar al denunciado a garantizar también el resarcimiento del daño por la continuación injusta de los trabajos. Así aparece, con más claridad que en el artículo 1.507 del Código Albertino, en el texto de nuestro artículo 698, del cual se ha suprimido el inciso «cuando sea necesario» *(ove occorra)*, antepuesto en aquél a la exigencia de la garantía, y por lo tanto, se priva al Pretor de la facultad de autorizar pura y simplemente la continuación de la obra denunciada, después de examinar las circunstancias de hecho (b).

Queda, por consiguiente, negada la admisibilidad de la denuncia que haga el reivindicante contra el poseedor, como falta de aquella base en que pueda fundarse el fallo del Pretor (1); y procede con respecto a todo el que se encuentre desde algún tiempo en posesión del predio y particularmente con relación a quien posee el fundo a título de usufructo (2). Dicho se está que, a diferencia de

---

(a) [Nuestra ley de Enjuiciamiento civil no señala las condiciones de fondo a que ha de ajustarse el interdicto de obra nueva. MANRESA cree que pueden ser aplicadas todavía las leyes de Partida, por ser conforme a los principios de Derecho, y adoptando una fórmula de gran generalidad, dice que «habrá lugar a este interdicto, siempre que se haga una obra nueva, con la cual se perjudiquen los derechos de un tercero» *(Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, t. VI, p. 152).]

(b) [Comp. arts. 1.668 y ss. de la Ley Procesal civil española.]

(1) Lo afirma expresamente LUPARIA, *Azioni possess.*, 241.

(2) A diferencia de lo que disponía el Derecho romano, que no autorizaba al usufructuario para entablar acción sino *procuratorio nomine*, y, por tanto, nunca contra el *dominus:* ULPIANO, 1, § 20; JULIANO, 2, *de op. novi nunciat.*, 39, 1. ¿Por qué esta exclusión siendo así que el usufructuario estaba amparado por los recursos posesorios incluso contra el dueño? La razón es muy sencilla: porque la *nunciatio* era un acto privado y resultaba inadmisible que,

lo que ocurre acerca de la acción para recobrar la posesión, la demanda de obra nueva puede formularla, no sólo el poseedor inmediato contra el mediato, sino éste contra aquél, y también el propietario contra el usufructuario; porque si no es posible un despojo por parte del poseedor inmediato contra el poseedor mediato, es muy posible que sin alterar la relación que los une, pueda arbitrariamente modificar el inmediato el estado de la cosa que detenta por el otro.

259. En otros respectos también difiere sustancialmente la denuncia de obra nueva de la *nunciatio* del Derecho romano. Nuestro Código carece de precepto que limite su aplicación a las obras de fábrica, y salta a la vista la utilidad que este recurso puede prestar para impedir que se altere el estado de los fundos por ciertos trabajos de carácter permanente, como plantaciones, tala de árboles, apertura de zanjas, etc., en contra de lo que proceda en Derecho. Esta aplicación limitada produciría una laguna inexplicable en nuestro sistema legislativo, al paso que en el Derecho romano, junto a la *nunciatio* (que se daba contra la *edificatio* y la *demolitio)* (1), se había desarrollado, por obra del Pretor peregrino, un remedio de mucho mayor alcance: la *prohibitio* privada contra cualquiera *opus in solo factum* (2), cuyos efectos eran tales, que su violación originaba el interdicto *quod vi* (3). Nótese, además, que

---

actuando por sí, el poseedor del usufructo viniera a perturbar con sus intimaciones la posesión del propietario y obligara a éste a que asumiera el carácter de actor en un juicio petitorio; v. *infra* n. 260.—Y como quiera que la *nunciatio* del usufructuario era ineficaz con respecto al dueño, ineficaz había de ser asimismo la *remissio* de una *nunciatio* ya efectuada; ningún obstáculo crea la *nunciatio* con respecto a la edificación, y no hay, por tanto, obstáculo alguno que remover mediante la *remissio:* JUL., 1, § 2, *de remis.*, XLIII, 25. CUYACIO *(Observ. et emend.*, l. XVI, c. 31, edic. Prato, t. I, c. 747) corrige el pasaje por entender que la *remissio* es *utilis* precisamente donde la *nunciatio* es *inutilis.* Pero es que no aprecia el valor que en el procedimiento romano tenía la *remissio;* era, en realidad, inútil recurrir a ella si la *nunciatio* se había efectuado de manera ilegítima, porque en este caso no cabía que el nunciante propusiera con éxito el *interd. de n. op. restit.* VANGEROW (§ 676, III, 1) sigue la opinión de CUYACIO.

(1) ULP., 1, § 11, *De op. novi nunc.*, XXXIX, 1.

(2) ULP., 1, § 4; 7, §§ 2, 5, 6, 8, 9; 9 § 3; 11 pr., § 3; 15, §§ 1, 2; VENUL., 22 pr., § 2, etc., *quod vi aut clam*, XLIII, 23.

(3) Para la extensión de la denuncia, especialmente contra nuevas planta-

con la denuncia nace un vínculo obligatorio personal entre el demandante y el constructor, y que, como hay necesidad de citar a la persona que ha comenzado la nueva obra, o notificarle la resolución (arts. 938 y 940 de la ley de Proced. civ.), dicha persona le responde al demandante de la continuación de la obra, y el denunciante asume, a su vez, la responsabilidad derivada de la suspensión, sin que el vínculo se modifique en caso de propiedad o de posesión y sin que puedan sustituirse en él los sucesores a título particular, tanto de una como de otra parte, y menos todavía quienes, independientemente de relaciones de sucesión, pudieran hallarse en la misma situación que aquéllos ocupaban con respecto al fundo amenazado y con el fundo perteneciente al que emprendió la obra mandada suspender (a). Tampoco cabe pensar, dado el nuevo mecanismo procesal de la denuncia, en aplicar las reglas romanas, en virtud de las cuales la *nunciatio* se hacía *in rem;* y, en lugar de buscar al autor de la obra nueva, se dirigía contra el que materialmente estuviera presente al comenzar aquélla, para que por su mediación quedase advertido el autor o quien le sucediera en la continuación de la obra. Y es una aberración singular pretender que a esta denuncia se la califique de acción real, a virtud de la forma que revestía el acto privado de intimar la suspensión, que era cosa muy distinta de una acción judicial; llégase por este camino a enlazar la demanda con el presupuesto de una posesión legítima, y a atribuír al examen sumario que es preciso hacer para admitir aquélla, el valor de un juicio sobre la pertenencia de esta posesión al demandante (1).

Más notable que todo lo hasta aquí observado, es la diversidad que media entre las consecuencias de la *nunciatio* romana y las de la denuncia en cuanto a la relación preexistente entre el demandante y el demandado de suspensión, y, por lo tanto, respecto al carácter del juicio en que se pide la revocación o confirmación de aquélla; pero para apreciarlo exactamente, hay que señalar la naturaleza y alcance que la acción de retener reviste en nuestro Derecho, de lo cual hablaré en el número siguiente.

Otro efecto jurídico, que va unido a la simple posesión, es el

---

ciones, v. Cas. Roma, 25 abril 1876 *(Foro,* 1876, 1.156), y nota de DE CRESCENZIO, *ibid. Contra:* Cas. Turín, 18 octubre 1878 *(Foro,* 1878, 1.122).

(a) [Relaciónase con esta doctrina la que establece nuestro T. S. en su sentencia de 3 mayo 1893.]

(1) V. la cit. sentencia de la Cas. de Roma, 17 julio 1890 *(Foro,* 1890, 911).

derecho a solicitar medidas preventivas del daño inminente que pueda sufrir la cosa poseída, o que garanticen la seguridad de su resarcimiento. No se trata aquí de impedir la directa violación de un derecho posible, sino del perjuicio a que éste se halla expuesto por la destrucción o menoscabo de su objeto; facultad que puede ejercitarse aun cuando el perjuicio resulte de un estado de hecho existente y no de una innovación que se haga; aun cuando la misma innovación—causa de una denuncia de obra nueva—, por contradecir el derecho que cabe corresponda al poseedor, pueda acarrear para el objeto poseído un peligro que justifique también el ejercicio de la acción de daño temido. Por otra parte, si la responsabilidad del poseedor de la cosa que ofrece el peligro queda comprometida sin haber ejercitado actividad alguna sobre aquélla, hay que atender a que el peligro no sea inherente a la naturaleza misma de la cosa (1), porque en este caso la situación de la cosa amenazada respecto a ella sería la causa predominante del daño, de tal suerte que impediría que recayese sobre el patrimonio de persona distinta de la que lo sufre.

Acerca de esto están en sustancia conformes la jurisprudencia y la doctrina (2), y asimismo admiten que disipadas las dudas que pudiera haber en el Derecho romano sobre la legalidad de exigir la *cautio damni infecti* (3) para admitir la denuncia del peligro, no se requiere más que la simple posesión en el demandante de la cosa amenazada, bien sea la tal posesión mediata o inmediata (4). Con menos frecuencia suele tratarse de la distinta función que en nuestro Derecho tiene la denuncia, con la que se quiere prevenir el daño o asegurar el resarcimiento, pero no crear la obligación de resarcir. Y esto lo prevé expresamente el artículo 1.155 (a) para uno de los casos principales a que debía proveer la *cautio* romana; y yo creo que dicho artículo no es sino la aplicación de un principio más general: el de que la ley reconoce una responsabilidad en todos los casos en que el Derecho romano la creaba mediante la *cautio*.

Si para pretender la reparación del daño ya causado no es preci-

---

(1) Ulp., 24, § 2; Alf. Var., 43 pr. *de damno inf.*, XXXIX, 2.

(2) V. Germano, *Denunzie di nuova opera e di danno temuto*, nn. 125 y siguientes.

(3) Ulp., 13, § 9 *eod.*

(4) V. Baratono, *Az. poss.*, t. II, n. 292; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, t. III, n. 66; Borsari, § 1.492, etc.

(a) [V. arts. 391, 1.907 y 1.908 del Cód. civ. esp.

sa la demanda de daño inminente, tampoco es lógicamente inútil, porque se preconstituye la obligación de reparar a virtud de las relaciones que median entre las partes (1). De esta afirmación pueden hacerse diferentes aplicaciones acerca de la posibilidad de demandarse recíprocamente propietario y usufructuario. Aquél puede estar interesado en prevenir daños al fundo usufructuado mediante el diligente planteamiento de la denuncia, aun en los casos en que el daño proceda de reparaciones defectuosas hechas por el usufructuario en cumplimiento de su obligación y que él podía exigirle (2); con mucho más motivo en caso de daño que al fundo que él mismo posee pueda acarrearle un edificio vecino, que por él detenta otro a título de usufructo, si fueran asimismo exigibles reparaciones propias para alejar el peligro, en virtud de la obligación impuesta al usufructuario de gozar como un buen padre de familia (3). En cuanto a la denuncia deducida por el usufructuario, estando el dueño obligado para con él a hacer a su costa reparaciones extraordinarias, del daño que sobrevenga por la destrucción consiguiente a esa omisión, él es el responsable, y si es apremiado para ejecutarlas con la demanda de peligro inminente, no puede excepcionar—como cuando la demanda de la *cautio* tiende a crear *ex novo* una obligación, que por eso tiene carácter de recurso extraordinario—que el usufructuario hubiera podido ejercitar la facultad de realizarlas él mismo sin perjuicio de ser reembolsado al término del usufructo, o menos aún que, ante la inminencia de un peligro para el fundo vecino de que era propietario, hubiera podido desglosar su interés del del propietario del fundo usufructuado y abandonarlo (4).

260. Diferente de los distintos recursos judiciales antes expuestos es la acción de retener cuyo fin próximo consiste en rechazar la perturbación de la posesión e impedir que se repita, pero que sobre todo se encamina a establecer la pertenencia y extensión de la posesión legítima (a), predeterminando la posición definitiva que han de

---

(1) Contra lo que sucedía en Derecho romano: GAYO, 32, *in fine, eod.*

(2) *Contra:* GAYO, 20, *eod.*

(3) *Contra:* PAULO, 18, § 2, *eod.;* BARATONO, t. II, n. 294, cree aplicable la regla romana.

(4) *Contra:* PAULO, *loc. cit.* en la nota precedente; BARATONO, *loc. cit.*; BORSARI, § 1.493 (con alguna vacilación).

(a) [La diferencia que existe en el Derecho italiano entre la acción de manutención, que se concede sólo para proteger la *posesión legítima*, y la de rein-

asumir las partes en la contienda que susciten las acciones reivindicatoria y negatoria, y asegurar la posesión contra los atentados de todo el que no pueda probar un derecho sobre la cosa. Cabe admitirla juntamente con la acción para recobrar, cuando se trate de aquella mayor perturbación posesoria que consiste en la total o parcial privación de la tenencia, y sirve para recuperar la tenencia perdida en los casos en que no puede recurrirse a la acción de recobrar, porque no ha habido despojo realizado por acto de justicia privada y contra la voluntad del poseedor (a).

Acerca de la pretendida incompatibilidad de las acciones de recobrar y de retener, porque fundada esta última en la posesión, no podría sobrevivir a su pérdida (1), claro se ve que la de retener subsiste precisamente porque no se ha perdido la posesión legítima al privar de la detentación. Ni aun al Derecho romano fué extraña la idea de que la posesión se conserva después de privar de la tenencia cuando mediante esa privación no haya adquirido otro para sí la posesión (2); asimismo, en el Derecho clásico, se daba importancia a

---

tegración, que se concede para *cualquier clase de posesión*, no tiene significación en Derecho español. En éste, todo poseedor o detentador puede ejercitar el interdicto de retener, lo mismo que el de recobrar.]

(a) [En Derecho español aparecen casi confundidos, aun en el terreno procesal, los interdictos de retener y recobrar. La sentencia de 26 abril 1899, declaró por ello que la identidad procesal existente entre ambos, impide sostener que se quebranten las formas del juicio cuando, propuesto uno de ellos, se falle sobre el otro, y menos si el actor mencionó bajo los dos nombres el que interponía.]

(1) ASCOLI, en el *Foro*, 1890, 648.

(2) Es indiscutible que el ausente cuya finca hubiera sido ocupada conservaba el interdicto *uti possidetis* hasta que recibía noticias de la ocupación arbitraria efectuada; PAULO, 46, *de acq. poss.*, XLI, 2; v. SAVIGNY, *Besitz*, § 31. Pero se notan diferentes matices de la misma idea en las diversas proposiciones defendidas: que si a un despojo realizado con violencia, clandestinidad o abuso de confianza subseguía una perturbación producida por el despojado, éste podía rechazar el *interd. uti poss.* del despojante; ULP., 3 *pr.*, *uti poss.*, XLIII, 17, y SAVIGNY, § 37; que el mismo despojante podía en estos casos contraproponer el citado interdicto con eficacia recuperatoria o tomar la iniciativa de su planteamiento; v., entre otros, BRINZ, t. I, § 182, y HIRSCH, *Princ. d. Sachbes. Erw. u. Verl.*, § 19. Para demostrar que la posesión puede mantenerse aun después de perdida la tenencia, no bastarían las referencias a preceptos del Derecho romano, ya que éste admitió, con amplitud superior a la que consentía la recta aplicación del interdicto *unde vi*, el recobro de la posesión misma perdida, esto es, la regla especial que Justiniano hubo de introducir contra la ocupación ar-

la duración relativa que hubiera tenido la posesión, como fundamento del *interdictum utrubi* (1). Por influjo del Derecho germánico se convirtió en requisito inexcusable, no relativo, la duración anterior de la posesión, y había de apreciarse en sí, y no con respecto al tiempo que hubiera poseído el adversario. Igualmente se convierte, de relativa que era, en absoluta, la condición negativa exigible para deducir toda demanda de retener, o sea, que la posesión no tuviera un origen vicioso. El demandado no puede oponer a la demanda de retener como fundamento propio suyo el de que se le haya privado de la posesión violenta o clandestinamente o con abuso de confianza; pero halla motivos para impugnar el fundamento mismo de la demanda de retener probando que respecto a cualquier otro, la posesión ha sido adquirida en una de aquellas formas de violencia, etc. (2).

Esta doble modificación del concepto de posesión legítima, resultante de los textos legales y de la historia de la institución, aproxima en verdad la demanda de retener a la categoría de las acciones reales, como independiente que es, en sus postulados, de una anterior relación jurídica con el demandado; o dicho en otros términos, eleva la posesión legítima a la dignidad de derecho real, aunque esté obligada a ceder ante otros derechos reales llamados propiedad, usufructo, servidumbre, etc., por la preferencia que asegura a éstos, en definitiva, la duración más prolongada del vínculo de potestad sobre la cosa, bien en el actual titular, bien en sus causantes. La razón literal más importante de la opinión aquí sostenida la tenemos en el artículo 697; al declarar éste que la acción de recobrar no excluye el ejercicio de otras acciones posesorias por parte del poseedor legítimo, es claro que admite la acción de retener ejercitada contra el reintegrado o restituído, y, por consiguiente, propuesta por quien ni inmediata ni mediatamente detenta ya (3). La acción

---

bitraria de la *possessio* convertida en *vacua* por razón de larga ausencia; JUST., 11 C. *unde vi*, VIII, 4, y la discutida superposición de la *actio momentariae possessionis* a la acción *unde vi*. V. JHERING, *Fond. prot. poss.*, ps. 81 y ss. De esto se desprende un argumento para explicar el alcance de la restitución y el ensanchamiento del concepto de violencia que constituye su punto de arranque, V. *supra*, ps. 211 y ss.

(1) SAVIGNY, § 39.

(2) LAURENT, XXXII, nn. 289, 308; PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, n. 139; v., sin embargo, DALLOZ, *Rép.*, v. *Actions possessoires*, n. 208; TROPLONG, *Prescript.*, n. 369 y ss.; AUBRY y RAU, § 180, nn. 22, 25.

(3) V. Cas. Turín, 23 septiembre 1886 (*Legge*, 1887, 1, 23).

de retener es susceptible de otras varias aplicaciones cuando el despojo no revista los caracteres que motivan la de recobrar; como cuando el poseedor legítimo pierde la tenencia por error propio o por infidelidad de su representante, o cuando se le priva de ella en ejecución de una sentencia dictada contra tercero (1).

Con la cuestión que acabamos de tratar suele relacionarse la de la susceptibilidad de proponer la acción de retener contra una obra nueva efectuada (2); pero en realidad son independientes las dos cuestiones, puesto que la terminación de la obra no produce por sí el efecto de que degenere en despojo la simple molestia, ya que, aun cuando modificado por la obra, sigue el fundo en poder del poseedor. Para la jurisprudencia corriente, la obra nueva produce una perturbación que puede rechazar el poseedor legítimo pidiendo que se restituya a su primitivo estado la cosa modificada por la obra. Cierto que ofrece inconvenientes acordar la destrucción de obras que pueden ser otros tantos valores creados, ya que el que las ha realizado puede vencer al poseedor en el juicio petitorio; pero se mutilaría la tutela de la posesión negando remedios contra las empresas caprichosas ajenas por el único motivo de que puedan haber producido un resultado económicamente ventajoso, si se obligara al poseedor, para hacer que desaparezcan, a emprender un juicio petitorio. Tampoco a la denuncia de obra nueva puede asignársele la función subrogada de una defensa posesoria; ésta puede producir un resultado definitivo, y se necesita que lo insten los interesados para resucitar la cuestión y transformarla en juicio petitorio, ya que el resultado del requerimiento de suspensión es esencialmente precario, y lleva necesariamente, si no hay acuerdo entre los interesados, a la transformación de las diligencias en un verdadero juicio. Nótese que la posibilidad de plantear y el efectivo planteamiento de la demanda, en manera alguna modifican la relación existente entre las partes: el poseedor legítimo puede demandar de retención contra la obra nueva ejecutada, lo mismo si recurrió que si no recurrió previamente a la denuncia, para detener el peligro; como en el primer caso no puede presumirse que renunciara a la protección posesoria, tampoco del hecho de que prescindiera de pedir la suspensión puede deducirse un fundamento para la caducidad del de-

(1) Cas. Nápoles, 11 noviembre 1873 (*Legge*, 1873, 1, 1.036); 4 octubre 1874 (*Gaz. trib. Nap.*, XXVII, 9); 4 diciembre 1880 (*Foro*, 1881, 146); Cas. Roma, 23 noviembre 1882 (*Foro*, 1883, 6).

(2) V. Cas. Roma, 16 mayo 1895 (*Foro*, 1895, 647).

recho inherente a la posesión (1). Es muy posible que la denuncia sea formulada por quien carece de la posesión legítima; y entonces, pero sólo entonces, reviste necesariamente el carácter de petitorio el fallo confirmatorio que sigue a la denuncia; en tanto que si se intima de suspensión a quien es poseedor legítimo, puede éste ejercitar la acción posesoria para lograr que sea revocada aquélla y obligarle de nuevo indirectamente a asumir el carácter de actor en el juicio petitorio, caso de que persista en oponerse a la realización de la obra.

Pero si, comparando ahora las dos opiniones, la acción de retener puede ejercitarse en caso de despojo y conducir a la reposición de las cosas al estado anterior de hecho modificado por la nueva obra, debe tener esa eficacia también cuando no sea deducida en defensa del poseedor legítimo de un fundo, sino del poseedor legítimo de un derecho sobre el fundo ajeno cuyo uso pueda impedir y aun imposibilitar la obra nueva, aunque quien la realice sea el poseedor mismo del fundo. Esta es, indudablemente, la aplicación práctica más

(1) Respecto al efecto que para la demolición de las obras produzca el mantener en su posesión al demandante, v. el fallo del T. de Cas. de Palermo, de 10 de diciembre de 1895 (*Foro*, 1896, 79) y el de la Cas. de Roma, de 16 de mayo del mismo año (*Foro*, 1895, 647); acerca de la posibilidad de pedir que se mantenga la posesión después de haber entablado la denuncia, v., entre otras, la sentencia de Cas. de Roma, 30 abril 1894 (*Foro*, 1894, 653); en punto a si es posible que formule tal petición quien no ha entablado antes la acción interdictal, v. Cas. Turín, 7 junio 1889 (*Foro*, 1889, 1.332); 26 abril 1890 (*Foro*, 1890, 778); Cas. Roma, 13 enero 1890 (*Foro*, 1890, 648); 28 marzo 1893 (*Foro*, 1893, 712). La tesis contraria, según la cual hay que acudir primeramente a la denuncia, y sólo después cabe el juicio petitorio, es acogida por el T. de Cas. de Nápoles en numerosas resoluciones, p. ej., en la de 4 de agosto de 1886 (*Foro*, 1887, 74), 23 diciembre 1889 (*Foro*, 1895, 656) y 22 junio 1896 (*Foro*, 1896, 1.330). En otra sentencia (la de 14 de enero de 1898, *Foro*, 1898, 632) ha reconocido en los Considerandos la posibilidad de armonizar el mantenimiento de la posesión y el planteamiento de la denuncia, pero siempre que aquél no conduzca a la demolición de una obra nueva, pues en este caso rechazaría más bien la denuncia, que en su sistema, según he advertido, se limita, lo mismo que en el Derecho romano, a las nuevas obras de fábrica, etc., o a la destrucción de obras ya existentes; esta limitación, aunque sea correlativa a la extensión con que se mantiene el estado posesorio frente a cualesquiera obras de varia naturaleza, no hace que el sistema sea más aceptable, dado que con respecto a las molestias que resulten de las primeras impide ejercitar el recurso posesorio, y con respecto a las segundas la defensa pronta que supone el interdicto.

importante de la acción de retener contra la obra nueva, y es una aplicación rigurosamente lógica cuando se trate de derechos susceptibles de posesión legítima. Por eso debe rechazarse aquella limitación de la doctrina que defendemos, según la cual no puede entablarse la acción de retener contra quien emprende una obra *in suo* y la renuncia debe ser confirmada o revocada en un juicio petitorio (1).

---

(1) Tal limitación está admitida en un fallo de Cas. de Turín (12 julio 1877, *Foro*, 1877, 1.249). El mismo Tribunal hubo de abandonarla en las sentencias que dejamos citadas en la nota anterior.—Todas estas resoluciones y los desenvolvimientos doctrinales sobre el particular remiten indebidamente al Derecho romano. Como advierte RANDA *(Besitz*, § 76, n. 79), que a su vez asimila erróneamente el sistema italiano de denuncia de obra nueva al adoptado por el Código austriaco en sus §§ 340 a 342, los supuestos, las formas y los efectos de la denuncia romana, de los cuales no hay punto que no se discuta por los intérpretes, resultan tan distintos de los que sirven de base al Derecho moderno, que no puede producir utilidad alguna el inspirarse en aquéllos para interpretar y aplicar las normas actuales. Baste observar que el mismo *interdictum uti possidetis* podía ejercitarse contra aquella forma de molestia que consistía en levantar o destruír un edificio en un terreno sobre el cual se tenía posesión civil (ULP., 5, § 10, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1; así se admitía la defensa posesoria entre los comuneros a quienes recíprocamente se negaba la *nunciatio:* ULP., 3, § 2 *eod.*, y se puede argumentar de aquí que igual correspondería al usufructuario con respecto al dueño); y no hay motivo para negar que los interdictos en defensa de servidumbres afirmativas tuviesen la misma aplicación contra las obras emprendidas o realizadas *in alieno* y con las cuales se impidiera el ejercicio de la servidumbre. En este último caso los textos rechazan expresamente la *op. nov. nunc.* (JUL., 14 *de op. nov. nunc.);* no es que fuera jurídicamente imposible recurrir a ella desde un principio; pero el acudir a ese procedimiento, en vez de ejercitar la defensa privada, o de invocar inmediatamente con el interdicto el amparo de la jurisdicción pretoria, daba lugar a la posibilidad de que el requerido, usando de la facultad de prestar caución (para defender su derecho a realizar la obra comenzada), viniera a ocupar con respecto al denunciante la posición de poseedor. Por eso no le quedaba al denunciante otro recurso que acudir al juicio petitorio para contrarrestar tal actitud. El campo en que la *op. nov. nunc.* resultaba, por consiguiente, de más adecuada y conveniente aplicación, era el de la defensa de las servidumbres negativas (JUL., 2; ULP., 5 *eod.)* precisamente porque no estaban tuteladas por la protección interdictal (cfr. VANGEROW, § 355, 2; WINDSCHEID, § 164, n. 15), ya que fuese cual fuera el desarrollo de las fases procesales que seguían a la *nunciatio*, y aun cuando el examinar la procedencia del *jus prohibendi* no se estimase indispensable en el juicio de remisión, no podía en caso alguno admitirse un juicio posesorio después de la *nunciatio;* sino que, si quedaba en suspenso el fallo definitivo, siempre se

261. En la posesión legítima que forma la base de la acción de retener no ha lugar a la concurrencia de posesión mediata e inmediata, porque aquella relación independiente de persona con cosa que aparece en ella constituída es, por necesidad, una relación excluyente. Pero si una cosa misma no puede estar en igual relación subordinada respecto a dos personas distintas, es muy posible que esa cosa misma se encuentre en una distinta relación de potestad, y aparezca entonces como dos bienes distintos, de suerte que en la exteriorización de este vínculo se produzca una doble posesión. Esto es precisamente lo que ocurre con el usufructo. El poseedor de un fundo a título de usufructo no puede ser poseedor legítimo del fundo, porque esta posesión corresponde al poseedor mediato, pero puede ser poseedor legítimo del derecho de usufructo y ser protegido en esta posesión en la forma misma en que es protegido en la posesión del fundo aquél en cuyo nombre detenta.

Por lo tanto, contra las perturbaciones que ocasione un tercero, concurren las acciones de retener de uno y otro poseedor, sin que quepa admitir que, según la distinta naturaleza de la perturbación, se justifique bien la reacción sólo del poseedor legítimo del usufructo, bien sólo la del poseedor legítimo del fundo, ora la de ambos (1). Transmitido al usufructuario el derecho del dueño a rechazar toda actividad ajena sobre el fundo usufructuado, puesto que así se le asegura a él un disfrute independiente, el fin patrimonial para el que se le confiere el derecho no constituye, sin embargo, un límite en el sentido de que sólo le pertenezca la posesión en tanto en cuanto sea útil efectivamente a aquel fin. Por consiguiente, la posesión del usufructuario se perturba por todo acto de tercero realizado sin su consentimiento en el fundo, aun cuando con él no se le impida el disfrute, ni se le ocasione daño (2). Se ha aducido como ejemplo de molestia constitutiva de usurpación de la posesión del dueño y no del usufructuario el laboreo de una mina en un fundo infructífero; aun cuando las circunstancias que lo acompañen no dificulten

podía discutir respecto a los requisitos de forma de dicha *nunciatio* y a la legitimación de quien la había promovido.

(1) Esta distinción ha sido defendida por PAOLI, *Gior. leggi Genova*, XIII, p. 236.

(2) El daño suele ser una consecuencia de la perturbación efectuada y puede servir para probar esta última; pero se incurre en error si se convierte la minoración patrimonial sufrida en requisito para mantener al individuo en su posesión. V. RANDA, § 67, n. 38.

el uso que pueda o quiera hacer del fundo el usufructuario, debe reconocérsele derecho a repelerla conforme a la lógica del principio que atribuye al usufructuario un poder absoluto y exclusivo. Menos fundado aún es otorgar la acción de retener únicamente al usufructuario y privar de ella al poseedor legítimo en concepto de dueño, cuando la perturbación dificulte el disfrute actual y no contradiga los intereses permanentes de la propiedad. No hay caso alguno, nunca, de que la actividad ejercida por un tercero sobre un fundo sea indiferente a los intereses del dueño; si no valiera para constituír un derecho de servidumbre que limitase el dominio, puede conducir a la posesión de la servidumbre, y verse luego precisado el propietario, para que ella desaparezca, a acudir a la acción negatoria, y si los actos de disfrute son una exteriorización del usufructo pretendido por un tercero, el dueño siempre estará interesado en impedir que su derecho de propiedad sea modificado por el usufructo éste, en vez de serlo por el que posee actualmente otra persona.

La acción de retener que deduzca el poseedor del usufructo no queda neutralizada porque el demandado, autor de la perturbación, alegue posesión a título de propiedad, salvo el caso de que demuestre que su actividad sobre el fundo usufructuado está comprendida dentro de los límites en que se le reconoce y reserva normalmente al propietario durante el usufructo, como, por ejemplo, ejecutar las reparaciones extraordinarias que no haya ejecutado el usufructuario. Si del título constitutivo del usufruto resultaran facultades más amplias de las que suelen comprenderse dentro de los límites legales impuestos al derecho del usufructuario, no puede invocarlas cuando actúe como demandado en un juicio posesorio, sino que debe conformarse con la provisional conservación del estado de hecho correspondiente al ejercicio normal del usufructo y acudir luego en demanda de su derecho al juicio petitorio procedente. Sin embargo, no es por otra parte inútil que a la acción de retener entablada por el usufructuario se le oponga la prueba de la posesión a título de propiedad, porque de esta suerte y si se pide el reconocimiento de ella en la sentencia que resuelva la acción de retener, puede quedar dispensado de tomar la posición de reivindicante cuando más tarde quiera recuperar el fundo usufructuado.

Para el mismo fin, puede convenir al que es poseedor en concepto de dueño iniciar el juicio de retener contra el usufructuario, si del inventario o de la caución no aparece su posesión reconocida; y no puede decirse que esa acción quede invalidada por la oposición

que haga el poseedor legítimo del usufructo, porque si a causa de esta oposición se deja al demandado en el libre disfrute, puede reconocerse en el actor la posesión legítima del fundo. La finalidad inmediata y próxima de la acción de retener, o sea la de impedir o remover una actividad contraria a la posesión, puede interesar al poseedor del fundo a título de dueño contra el poseedor del usufructo, cuando esta actividad salga fuera de los límites señalados al goce del usufructuario.

También aquí creo necesario distinguir entre los límites que las normas supletorias legales señalan al disfrute y los que puede establecer el título constitutivo. El usufructuario que no se atiene a lo prescrito en este último infringe los derechos del dueño e incurre en una responsabilidad que puede ser castigada con la pérdida del usufructo, pero no perturba la posesión del dueño, aunque a su derecho se superponga la posesión del usufructo, sino cuando lo ejercite contrariamente a lo prescrito en la ley; del título constitutivo del derecho no puede deducirse cuál sea el alcance de las modificaciones de la posesión, y para juzgar del acto que permita exteriormente reconocer la forma de ejercicio de un usufructo, no hay más remedio que remontarse a lo que ordenen las disposiciones legales, si es que se prescinde de lo que diga el título.

Para esta opinión, que no tengo noticia de que haya sido discutida (1), se puede encontrar una razón que la confirme, y un argumento *a contrario*, de la práctica seguida para tutelar la posesión de la servidumbre. El hecho de alterar la forma en que viene ejerciéndose la servidumbre, constituye una molestia que puede motivar la acción de retener en favor del poseedor del fundo; también en la servidumbre hay uso y abuso, y contra este último, y aun reconociendo la posesión de la servidumbre, puede el poseedor del fundo defenderse, fundándose en la posesión y sin necesidad de acudir al juicio petitorio. Pero el ejercicio de la servidumbre aparece de la situación permanente de los lugares, o de actos repetidos de igual naturaleza y del hecho externo; y sin acudir al título, puede inducirse su índole, su contenido y el límite entre el uso y el abuso. En cambio, para fijar la extensión de la posesión del usufructo que quiere tutelarse contra la posesión del fundo, no sirven los actos, esencialmente variables, que componen el ejercicio del usufructo mismo.

---

(1) BÉLIME, *Action possess.*, 329, niega que se pueda entablar la acción de retener para proceder contra los abusos del usufructuario.

262. Hasta el momento de lograr la tenencia del fundo no comienza la posesión del usufructo (1); antes de esto, podrá alegarse el derecho al disfrute exigiendo los frutos al propietario, pero no por ello comienza el ejercicio, que tiene por característica esencial la independencia del disfrute con respecto a la voluntad y la actividad del propietario. Antes de este instante, tampoco llega a exteriorizarse de un modo aparente y visible la relación de potestad de la persona con el fundo, de tal suerte que se repute como intrusión toda actividad ajena que se despliegue en la esfera reservada a aquélla. Menos aún puede justificarse una acción posesoria contra el propietario, quien aun habiendo reconocido el derecho del usufructuario, necesita, mientras por sí mismo detenta el fundo, emplear su actividad propia para excluír la del usufructuario.

Pero aun cuando para poseer legítimamente el usufructo sea necesaria la detentación del fundo, no basta ésta, y es necesario que el detentador en cualquier forma use efectivamente y obtenga utilidad del fundo. El que detenta éste y reconoce en otro la propiedad de él, carece de un interés propio merecedor de protección distinta de la otorgada a ese otro, si su detentación no hace sino impedir el disfrute a los terceros; hasta que obtenga por sí mismo una utilidad, no comienza su interés especial. El mismo derecho de usufructo se pierde por el desuso; en cambio, el desuso no aniquila el derecho de propiedad, porque frente al propietario que no usa, no hay interés alguno constituído que pueda prevalecer sobre el suyo; y si al usufructuario que no ha usado de su derecho se le niega la protección jurídica, es porque frente a él existe el interés duradero del propietario, que hay que proteger. Con mayor motivo se debe negar, pues, la protección provisional de la acción de retener cuando se trate de un usufructuario que, luego de adquirida con la detentación la posibilidad de usar del fundo, deje de hacerlo; el que no usa no está en una relación exterior visible con la cosa, independiente de aquella en que se encuentra con la misma el legítimo poseedor mediato de ella.

Como quiera que la posesión del usufructo consta de dos elementos, la detentación del fundo y el uso o disfrute de él, el apremio de la duración que lo convierte en legítimo no se hace con los mismos criterios que se emplean para la posesión de aquellas servidumbres prediales en las que aparece externamente con un solo elemento la relación de potestad de la persona con el fundo, o sea

---

(1) *Contra:* BARATONO, t. I, n. 102.

del ejercicio efectivo. En éstas la posesión comienza con el uso; en el usufructo la posesión principia al adquirir la detentación, y análogamente en la servidumbre, cuyo ejercicio exige el establecimiento de situaciones permanentes de lugar, mediante aquellas disposiciones que en cierto modo sustituyen a la detentación. Y únicamente cuando la falta de uso se prolongue por más tiempo de lo corriente y de lo que exija una normal diligencia, es cuando a esta posesión en potencia le llega a faltar la cualidad de posesión actual y queda privada de todo efecto jurídico. O en otros términos, no debe tomarse como base el hecho del uso para constancia de la posesión del usufructo, sino el hecho del no uso, que habrá de apreciarse reportándose sólo a un cierto período de tiempo; se adquiere la posesión si dentro de un cierto tiempo no deja de usarse.

SAVIGNY también expone la idea de que la adquisición de la posesión del usufructo no deriva del uso, aun cuando termine su existencia a causa del no uso; pero esta distinción carece de influjo para la protección interdictal, que no exige tiempo determinado de duración posesoria. La falta de efectivo ejercicio, según su doctrina, impide la usucapión; esta falta es jurídicamente apreciable sólo si ha durado todo el tiempo requerido para la extinción del derecho; pero hasta que transcurra el tiempo de prescripción, debe reputarse en suspenso la posesión y para decidir si ha tenido o no existencia anterior una posesión apta para usucapir, hay que atender al comienzo o a la recuperación del uso antes de finar el plazo prescriptivo o al cumplimiento del mismo sin llegar a hacer uso (1). Con esta construcción singular se reconoce una apreciación retrospectiva de la posesión que contradice abiertamente su naturaleza de situación de hecho; siendo así que en el Derecho vigente, como hay que tomar en consideración todo un período, y no sólo un momento aislado, para resolver acerca del establecimiento de una posesión legítima, no existe contradicción alguna en aplazar la resolución hasta que termine el plazo. Si ha transcurrido, sin que yo ejercite acto alguno de disfrute, un año entero antes de la perturbación, no puedo plantear la acción de retener, aun cuando la detentación del fundo arranque de hace más de un año (2).

---

(1) SAVIGNY, *Besitz*, § 45; cfr. RANDA, § 26, n. 1, § 27 ad n. 9, y JHERING, *Fond. prot. poss.*, ps. 133 y ss.

(2) Si después del año conservo la tenencia, pero descuidando el disfrute, vengo a interrumpir la posesión; naturalmente, quien ejercita la acción de retener, debe probar el hecho positivo de su disfrute durante el año; quien alega la

Entre las causas de pérdida de posesión del usufructo no se comprende la llegada del momento en que se deba extinguir el derecho de usufructo mismo. Puede sobrevivir la posesión a la pérdida del derecho, como en su origen puede no ir acompañada de él. Si persiste el hecho de la tenencia y el disfrute, y para modificarlo media la circunstancia de ejercitar el goce en interés de otra persona, o se reconoce que la continuación en él depende por completo de la voluntad de otro, o se debe a la obligación contraída por otra persona de permitirla y garantizarla, manifiéstase exteriormente una relación de potestad independiente del interés y de la voluntad ajena, a la cual corresponde el ánimo de ejercer un derecho propio y con ello una posesión legítima. Importa poco que la causa originaria de la posesión no tenga eficacia para que continúe más allá de un cierto plazo la relación jurídica entre el poseedor y el fundo; porque para conservar la posesión legítima no importa que su causa haya podido inicialmente crear una relación jurídica. Subsiste la duda todavía de si se trata de una posesión a título de usufructo o en concepto de dueño, porque si el ejercicio de la propiedad comprende actos que no puede realizar el usufructuario, el del usufructo no comprende actos que no pueda realizar el dueño. Aquí intervienen las previsiones legales, que, para proteger la propiedad, rechazan que la posesión iniciada con el reconocimiento de una posesión mediata ajena, cambie de carácter y venga a negarla, sin que un acto exterior aperciba para la defensa al propietario.

Según el artículo 687 (b), quien posee legítimamente el usufructo, posee el fundo en nombre ajeno, y se presume que con el mismo título continúa poseyéndolo. La prueba contraria presupone la interversión del título, que según el artículo 2.116 sólo puede ocurrir por motivos procedentes de un tercero o porque se suscite oposición al derecho del dueño. Por consiguiente, no puede cambiarse la posesión legítima del usufructo en posesión legítima del fundo sino

---

usucapión, cumple su deber con demostrar cuándo adquirió la tenencia; y como ha realizado actos de goce en la última parte del período de prescripción, corresponde a quien lo niega probar que el disfrute no continuó durante el tiempo intermedio (art. 691) (a).

(a) [Téngase en cuenta que a diferencia de lo que sucede en el Código italiano por precepto de su art. 694, en el Derecho español no se precisa que el poseedor lleve más de un año en la posesión para que pueda ejercitar el interdicto de retener.]

(b) [Art. 436 del Cód. civil esp.]

transcurrido un año del acto jurídico de un tercero que invista de ésta al poseedor, o después que por éste se haya rechazado la ingerencia del poseedor mediato, realizando un acto de abierta oposición a su derecho (a). Pero nótese que si la interversión del título es requisito para que comience una posesión legítima a título de dueño, esa interversión en sí no es la que cambia la naturaleza de la posesión, y, por tanto, cuando la interversión es resultado del hecho de un tercero, y puede permanecer ignorada de quien tenía la posesión mediata por mano del usufructuario, subsiste el equívoco capaz de impedir la legitimidad de la posesión en la persona que, después de haber disfrutado en nombre ajeno, no afirme su independencia en cualquiera forma (1).

Si falta la interversión del título, no se transforma en posesión legítima del fundo la posesión legítima del usufructo, pero tampoco degenera en posesión simple del fundo sin una interversión opuesta; esto es, sin que sobrevenga una circunstancia que manifiestamente prive de eficacia a la causa que originó la posesión legítima.

No es un acontecimiento ostensible que pueda producir este efecto el vencimiento del término asignado al usufructo; en cambio, lo es la muerte del poseedor del mismo. La relación jurídica independiente que representa la posesión de éste es una relación necesariamente limitada por la duración de su vida, y por eso no puede representarla la continuación de una posesión adquirida por el heredero. Puede, sí, el heredero del usufructuario oponerse al derecho del dueño inaugurando una posesión *pro suo* (2), que no adquirirá

(a) [En el Cód. esp. no hay ningún artículo que hable de la interversión. Como dice DE BUEN, aun cuando con la presunción de continuidad de la posesión establecida en el art. 436 se llega casi a los mismos resultados que con la doctrina del Código francés, hay la diferencia de que en la legislación española no está prohibido, de un modo expreso, que el poseedor mude por sí mismo la causa de la posesión; y, por tanto, si el poseedor demuestra que ha dejado de poseer a título de arrendatario, comodatario, etc., para hacerlo a título de dueño, aun cuando no haya mediado un acto de oposición al propietario, ni una causa procedente de tercero, parece que en nuestra legislación podrá considerarse que su posesión se ha purgado del vicio de la precariedad. (Adiciones al *Curso elemental de Derecho civil* de COLIN y CAPITANT, t. II, pág. 985).]

(1) V. el número siguiente.

(2) Teóricamente no cabe negar que el heredero, oponiéndose, inicie una posesión legítima en concepto de usufructuario en vez de hacerlo en concepto de dueño; pero, de todos modos, su posesión no representa una relación jurídica independiente sino cuando la inicia mediante la oposición y a virtud de

legitimidad hasta después de transcurrir un año de la interversión del título. Entretanto, permanece investido de la posesión simple si de hecho adquiere la tenencia; puede deducir acción para recobrar si se le despoja de aquélla clandestina o violentamente; pero no puede ejercitar la de retener, que corresponde exclusivamente al dueño en quien se ha consolidado el usufructo.

263. Como la duración anual de la posesión produce la adquisición del carácter de poseedor legítimo, de igual suerte si continúa por diez o treinta años engendra la adquisición del derecho de que aquélla es una manifestación externa. Ya en el primer tomo hemos estudiado la prescripción adquisitiva del usufructo; ahora hemos de examinar cómo puede derivarse de la posesión legítima del usufructo la prescripción adquisitiva de la propiedad. La prescripción adquisitiva, que subsigue a la cesión del fundo hecha por el usufructuario en concepto de dueño, no tiene con aquella posesión sino un vínculo ocasional; su fundamento está en la nueva posesión del cesionario. Un caso singularmente importante de esta forma de prescripción es el que ocurre a consecuencia del deslinde realizado por el usufructuario; cuando este deslinde se ha hecho con carácter provisional, y al solo fin de regular el ejercicio del usufructo, no ha lugar a la prescripción mientras éste dure, y comienza a correr, al extinguirse el mismo, en beneficio del vecino que sin oposición conserva la posesión de la parte en que ha consentido el usufructuario; corre también durante el usufructo si el titular de éste ha realizado el deslinde como si fuera propietario, y transcurren así diez o treinta años; pero si no consta cómo y por qué fué hecho el deslinde, tiene igualmente eficacia para el vecino la posesión adquirida a costa del fundo usufructuado, y queda protegido, transcurridos treinta años, contra la reivindicación del dueño, aun cuando a éste le corresponda una acción contra el usufructuario para que le indemnice; acción que nace y comienza a prescribir al extinguirse el usufructo (1). Asimismo se distinguen los efectos de la división formalizada por el usufructuario; sólo que si aquí también asume éste el carácter de dueño, como quiera que no hay obligación de transcri-

---

un derecho que a él le pertenezca, y no a consecuencia de sus intereses sucesorios.

(1) Es uno de los casos en que se aplica el aforismo: *melius est non habere titulum quam habere vitiosum;* cfr. PROUDHON, *Usufr.*, nn. 1.246 y 1.247.

bir la división efectuada, no puede originarse otra prescripción que la de treinta años.

El usufructuario y sus herederos que para sí invocan la prescripción adquisitiva de la propiedad, se fundan también en una posesión distinta de la habida a título de usufructo. En el número anterior expuse las condiciones de este cambio (1); se necesita siempre que exista un hecho externo manifiesto al poseedor mediato, y un hecho tal, según la alternativa del artículo 2.116, puede realizarlo el mismo poseedor a título de usufructo sin el concurso de un tercero (2). No del todo infundadamente ha parecido que este prin-

(1) No lo es ciertamente la simple inscripción en el catastro en nombre propio hecha por el poseedor precario: Apel. Génova, 3 febrero 1889 *(Giur. it.*, 1889, 377); sí lo es la oposición que se formula judicialmente a la acción reivindicatoria: Apel. Nápoles, 16 diciembre 1895 *(Gazz. proc.*, XXVIII, 92); otra aplicación a la oposición que el enfiteuta formula contra el derecho del señor del dominio directo: Cas. Nápoles, 27 julio 1893 *(Gazz. proc.*, XXVI, 19). También puede resultar de un acto extrajudicial: Cas. Turín, 15 noviembre 1898 *Mon. trib. Mil.*, 1899, 27); pero no vale la oposición a una sentencia dictada en rebeldía si directa y explícitamente no se declara el derecho del propietario: Apel. Palermo, 4 noviembre 1896 *(Foro sic.*, 1899, 133); o si la oposición, en vez de ser notificada a la parte, se notifica de patrocinador a patrocinador *(eodem)*. En general, el carácter exclusivo o excluyente que ha de revestir la posesión ejercida en concepto de dueño, debe manifestarse con actos de invasión o agresión incompatibles con el dominio ajeno: Apel. Génova, 10 junio 1893 *(Temi gen.*, 1893, 412); un ejemplo relativo al caso de la posesión de un derecho cívico al uso del agua, transformado en posesión de la servidumbre de presa, puede verse en el fallo del T. de Apel. de Turín de 27 de abril de 1889 *(Giur. tor.*, 1889, 593). Ahora bien; el simple hecho de que el arrendatario deje de pagar la merced (v. TROPLONG, *Prescript.*, n. 513), o la circunstancia de que el usufructuario realice actos que rebasen los límites de su disfrute, no tienen el valor de aquella resistencia u oposición que basta para justificar posesoriamente la interversión del título. No se puede tampoco agregar nada a lo que la ley preceptúa, y no cabe, por tanto, exigir que cuando la interversión se efectúe por medio de un título procedente de tercera persona, haya de cumplirse con el requisito preciso de notificarlo al poseedor mediato, como piensa VAZEILLE, *Prescript.*, n. 148. Es suficiente con que éste pueda advertir el nuevo carácter que asume la posesión de quien anteriormente detentaba en su nombre, y no se requiere más para que se estime posesión independiente ejercitada de modo público (v. TROPLONG, *Prescript.*, nn. 507 y ss.). Y por la índole de las cosas, ha de emplearse mayor rigor cuado se trate de una modificación alegada por un usufructuario, toda vez que en lo relativo al arrendatario resulta ya en cierto modo de la suspensión del pago de alquileres.

(2) V. VAZEILLE, *Prescript.*, n. 146; TROPLONG, *Prescript.*, n. 511.

cipio contradice la regla romana que reproduce el artículo 2.118: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (1) y es cierto que esta regla tiene, en el Derecho vigente, muy distinto alcance del que tenía en el Derecho romano; pues hoy en la prescripción se ha excluído de entre sus requisitos positivos el título y la buena fe, y como requisito negativo se ha conservado únicamente el de que no comience la posesión en concepto de precario; dicha regla significa simplemente que ni el hecho arbitrario del poseedor, ni el título que se le cree con el concurso de un tercero, pueden cambiar su carácter a la posesión *antes ejercitada* por razón de precario, y cuando el título originario caracterice esta posesión como precaria, a conciencia o sin conocimiento del poseedor (2), ocurra lo que quiera después, subsiste lo que fué, y el hecho de un tercero, como el hecho arbitrario del poseedor, a lo que imprimen distinto carácter es a la nueva posesión, que comienza cuando ellos intervienen y que para el efecto prescriptivo sólo puede ser computada desde entonces (3).

---

(1) Cfr. Apel. Roma, 19 diciembre 1896 (*Temi ven.*, 1897, 220). VAZEILLE, n. 146, considera que la oposición como medio de intervertir el título es una excepción a la regla general.

(2) Sin que sirva, naturalmente, para cosa alguna su buena fe, es decir, la ignorancia respecto al carácter precario de la propia posesión; v. Cas. Roma, 10 junio 1897 (*Giur. it.*, 1897, 665); Apel. Palermo, 30 mayo 1898 (*Annali*, 1898, 270). Entre las resoluciones demasiado propicias a admitir la interversión, puede citarse la de Apel. de Turín de 2 de marzo de 1872 (*Legge*, 1872, 1, 777), que consideraba realizada la prescripción a favor de una hija a quien el padre en su testamento dejaba el usufructo de un fundo, y que lo había poseído durante treinta años a contar de la partición hecha por los hermanos sin su intervención; no bastaba ciertamente a sustituír la oposición su plausible creencia de que el fundo le había sido dejado en pago de sus derechos hereditarios.

(3) En Derecho romano, el hecho arbitrario no podía servir de base a una posesión apta para usucapir; y tampoco cabía, por tanto, que sirviera, cuando lo realizaba el poseedor, para convertir en posesión eficaz la que en un principio no hubiese tenido tal carácter. La regla *nemo sibi*, etc., era realmente superflua para excluír el efecto de un acto arbitrario; y si se introdujo fué para limitar la aplicación de las disposiciones excepcionales que en el citado Derecho autorizaban la usucapión sin la buena fe; v. SAVIGNY, *Besitz*, § 7; RUDORFF, *Addizioni* a SAVIGNY, nn. 24 y ss. Aún más superflua hubiera resultado si, como creía MARCELO (19 D. *de adq. vel am.*, XVI, 2), tendía a impedir la interversión por acto deliberado del poseedor. Y también sería superfluo el artículo 2.118 si quisiera «impedir la mutación consumada con un acto volitivo interno y no aparente» (PUGLIESE, *Prescr. acquisitiva*, n. 184) que cae fuera, desde luego, de los términos exigidos en materia de interversión por el art. 2.116.

En cambio, la prescripción adquisitiva de propiedad a favor de la persona en cuyo nombre detenta el fundo el poseedor, sí se funda en la posesión legítima del usufructo (1). También es aquí singularmente importante en la práctica el deslinde realizado a instancia del usufructuario, por cuanto mediante él se acrece o disminuye la extensión del fundo usufructuado. Pero la condición general de esta prescripción es la publicidad de la posesión mediata, la visibilidad del vínculo que liga a ella la posesión inmediata. Sólo si esta relación es reconoscible exteriormente, pueden ampliarse al poseedor mediato los efectos de la posesión tenida en su representación, porque sólo entonces es posible que se oponga quien por esta ampliación está expuesto a sufrir detrimento en sus derechos (2). No basta, por tanto, un contrato con el poseedor inmediato para investir de la posesión mediata idónea para prescribir, y la incertidumbre acerca de la existencia del vínculo de representación impide que se prescriba (3). Una aplicación interesante de este principio, la tenemos en el caso de que el usufructuario enajene la propiedad del fundo reservándose el usufructo. En virtud de la enajenación, surge para el adquirente la posibilidad de que comience una posesión idónea para prescribir; pero esta posesión no comienza mientras dura la posesión inmediata en quien anteriormente detentaba en nombre de otro, porque no se ha publicado la sustitución del vínculo anterior por el que nace con el nuevo adquirente como poseedor mediato (4), y la transcripción misma del título adquisitivo, no altera la posición contra el usufructuario, porque mediante examen de los Registros públicos se pueda conocer el nacimiento del nuevo vínculo entre el usufructuario y quien de él adquiere; toda vez que para ello hay

---

(1) Así se ha resuelto que el beneficiado prescribe a favor del beneficio: Apel. Casale, 25 junio 1889 (*Giur. casal.*, 1889, 329).

(2) De este principio deduce PAULO (30, § 5, *de adq. vel am.*, VII, 2) la consecuencia de que el heredero del propietario no posee por medio del colono si él mismo no ha realizado algún acto por virtud del cual asuma el colono su representación. No hace falta advertir que en nuestro Derecho no cabe tal consecuencia por virtud de la acción de otro principio, a saber, el de que la posesión continúa en el heredero: se reconoce exteriormente la representación del heredero por parte del colono o del usufructuario en la misma forma que era posible reconocer la representación de su causante.

(3) Por consiguiente, quien dona a varias personas y se reserva el usufructo, no posee ni prescribe por medio de uno de los donatarios y en contra de los otros: Apel. Florencia, 20 marzo 1882 (*Annali*, 1882, 476).

(4) V. PROUDHON, *Usufr.*, n. 758.

que suponer la sospecha de una venta, sin la cual carecería de fundamento tal investigación, que debe partir del nombre del usufructuario o del del adquirente. En manera alguna puede bastar la simple posibilidad del conocimiento de este nuevo vínculo para disipar la duda de la posesión comenzada en nombre de otro.

Y viceversa, para que se realicen los efectos prescriptivos, no es necesario que a la exteriorización del vínculo de representación corresponda una relación jurídica real que lo capacite para nacer como un derecho y como obligación del poseedor inmediato (1). En abierta oposición con esta tesis hay una decisión de JAVOLENO, que de la nulidad del arrendamiento hecho al dueño deduce la imposibilidad de conservar la posesión de la cosa que esté en vía de usucapirse en perjuicio de dicho dueño mediante un arrendamiento a su favor (2). Ignoro cómo pueda conciliarse esta sentencia con la citada en la nota anterior y cuál sea el encadenamiento lógico entre el obstáculo a la formación de un vínculo jurídico con el poseedor inmediato y el obstáculo a la conservación por su medio de la posesión mediata (3). Por lo tanto, no creo que estemos en el

(1) En tal sentido, ULPIANO, 34, § 2, D. *de adq. vel am.*, XII, 2; PAULO, 31, § 2, *de usurp. et usuc.*, XII, 3, consideran posible la adquisición de la posesión por medio de un esclavo *sine domino*; y PAULO, 32 *de adq. vel am.*, por medio de un pupilo, aun cuando ni aquél por sí, ni éste sin la *tutoria auctoritas* pueden contraer una obligación jurídica. Aun después de disuelto el vínculo jurídico puede persistir la relación de representación con eficacia para conservar la posesión mediata: LAB., 60, § 1, *loc. cond.*, XIX, 3.

(2) L. 21, *de usurp. et usuc.*, XII, 3.

(3) Se citan otros pasajes que vendrían a confirmar la tesis de JAVOL., especialmente JUL., 33, § 5 *h. t.* y 29 *de pignor. act.*, XIII, 7. Pero en uno y otro se trata de un poseedor que da la cosa en prenda al propietario, ignorando éste que fuera suya. Ahora bien; en Derecho romano la posesión interdictal corresponde al acreedor pignoraticio, no teniendo el deudor más que una *ficta possessio*, fundada exclusivamente en la naturaleza jurídica del contrato de prenda; v. SAVIGNY, *Besitz*, § 24. Se comprende sin esfuerzo que la atribución de esta *ficta possessio*, que es obra del Derecho, no surja cuando jurídicamente sea ineficaz el contrato de prenda; no que se venga a perder la *possessio* real por influjo de la relación jurídica.—La nulidad del vínculo jurídico no puede influír en la posesión inmediata sino a partir del momento en que se acredita o se ejercita mediante un acto. Pero el hacerla constar, o el pretenderlo, transforman intantáneamente al detentador en poseedor *pro suo*. Así se explica que en Derecho romano, donde la protección posesoria no depende de que la posesión haya durado cierto tiempo, pueda reconocerse *a los efectos interdictales* la cualidad de poseedor al propietario que haya recibido en precario o haya

caso de someternos a la autoridad de esta sentencia, y menos aún me persuaden las razones que alega para ello PROUDHON (1), que las ha aplicado a la concesión del usufructo al propietario por parte del poseedor, y en este acto encuentra un motivo para interrumpir naturalmente la prescripción. El poseedor no queda privado de la posesión si la tiene a su nombre y por cuenta suya quien con mayor motivo podría tenerla para sí, en tanto que no ejercite éste su derecho, para oponerse a aquél del que deriva la posesión inmediata y convertirlo de posesión precaria en posesión legítima.

Un extremo último en esta materia me falta consignar, que es el carácter personalísimo de la mala fe; por lo cual sus efectos no pasan del poseedor inmediato al mediato ni de éste a aquél. Cuando el usufructuario conoce los vicios del título de su causante, todavía puede admitirse que éste agregue en su beneficio aquellos efectos derivados de la actividad que desarrolla en su nombre y sobre el fundo el usufructuario, a los de la creencia que tenía de haber adquirido conforme a la voluntad del anterior propietario, para llegar así a completar los diez años de la fecha de la transcripción y prescribir la propiedad. De igual suerte la mala fe del poseedor mediato no impide al poseedor del usufructo que no haya participado en ella el prescribir el derecho de usufructo a su favor al transcurrir los diez años (2).

Son efectos jurídicos de la posesión que se producen, más bien *con ocasión* de poseer que *a causa* de ello, la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe y su derecho a ser indemnizado por las mejoras realizadas. Pero no puede hacerse aplicación a la posesión del usufructo de los principios relativos a ello sin estudiar antes cómo el titular del derecho mismo de usufructo adquiere los fructos y en qué medida puede pretender ser indemnizado por las mejoras.

---

tomado en arrendamiento la cosa suya: v. AFRIC., 40, § 3 *de adq. vel am.*; cfr. TERTUL., 28 *eod.* La excepción que él alegara con el interdicto tendría por base el desconocimiento de la relación obligatoria. En el Derecho vigente tal desconocimiento tendría el carácter de oposición que daría pie a la interversión posesoria.

(1) *Usufr.*, n. 755.

(2) PROUDHON, *Usufr.*, n. 754.

§ 4. La posesión de bienes muebles sujetos a usufructo.

Sumario: 264. Obtención y defensa de la posesión de bienes muebles.

264. La buena disposición y armónica correspondencia entre las partes de esta exposición hubiera requerido que después del amplio desarrollo que hemos dado al estudio del derecho de posesión respecto a los inmuebles, estudiásemos su extensión objetiva y los medios de alegarla respecto a los muebles y a los derechos subordinados al usufructo. Pero la mayor parte de las explicaciones que esto requiere están mezcladas a las razones que quedan por exponer en el disfrute del usufructuario, y renunciando a separarlas, evitamos repeticiones y la exposición gana en sencillez. Por consiguiente, pocas palabras son precisas aquí.

Si el usufructo grava determinados bienes muebles, el derecho del usufructuario a reivindicarlos se ejerce con independencia del propietario y contra cualquier poseedor, no estando sujeto sino a la obligación de formalizar regularmente el inventario, que, al tutelar los intereses del dueño, inmuniza también a los poseedores de la responsabilidad en que podrían incurrir para con él si cedieran sin esta garantía a las pretensiones de quien sólo tenga un derecho limitado sobre la cosa. Pero tropieza con un obstáculo insuperable si la posesión ha sido adquirida con la esperanza de obtener un derecho que rechace el usufructo, o que se sobreponga a él; y para ello han de concurrir las condiciones siguientes: que la posesión haya sido adquirida con posterioridad a la constitución del usufructo, y que medie justificada ignorancia de la existencia de éste. Si la posesión fué adquirida antes, o el derecho de usufructo no aparece en realidad (v. gr., una cesión de cosas que se hayan legado en usufructo, anterior a la apertura de la sucesión), o aparece como una modificación o limitación del derecho del poseedor; en el primer caso no hay acción, y en el segundo no hay excepción que pueda oponerse a la acción, porque el poseedor no es tercero respecto al usufructuario.

En esta segunda hipótesis está incluído el caso de que el actual poseedor sea un sucesor a título universal del constituyente del usufructo o de la persona respecto a la cual éste hubo de ser constituído; y le sucede, no en el derecho sólo de su causante, sino en la

situación patrimonial que ha venido a crearse por la constitución del usufructo. Aun si la posesión se ha adquirido después, no tiene el tercero excepción que oponer a la reivindicación del usufructuario cuando haya conocido o podido y debido conocer la existencia del usufructo; la equiparación del error inexcusable a la buena fe es debida a la imposibilidad de apreciar un estado de ánimo prescindiendo de las circunstancias que pueden haberlo determinado y que de una manera análoga hubieran actuado sobre los demás. No importa, en cambio, la naturaleza del derecho que trata de adquirirse mediante la posesión, y es, por tanto, inexacta e incompleta la afirmación de que, según el artículo 707, deba reputarse adquirida por el poseedor la propiedad libre de toda carga real (1). Puede ocurrir que el propietario, que responde de la constitución del usufructo, ceda la posesión, no para transmitir la propiedad, sino para constituír una prenda; y el usufructuario tropezará, al ir a reivindicar, con la excepción que le oponga el acreedor fundado en la esperanza de adquirir un derecho eficaz de prenda, y como quiera que ésta, aun cuando no lo impida, se impone al usufructo, podrá extinguirla pagando de su peculio; a la manera como, si se vende la cosa para pagar, el usufructo queda así transformado en un derecho de oposición sobre el importe.

Esto me lleva a ocuparme del conflicto entre los derechos del usufructuario y aquellos que los acreedores pueden alegar en general mediante la prenda. Esta no da a los acreedores demandantes la esperanza de adquirir un derecho sobre los muebles embargados, a virtud de la posesión que en su nombre toma el depositario, y mediante el cual derecho puedan contender con quien ya tenía otro sobre el objeto; lo que ocurre es que la cosa, con ese depósito, se sustrae a los actos de disposición que pudiera realizar el deudor (2), y se tiene así la seguridad de que serán vendidos los bienes en provecho de ellos y de cuantos otros acreedores intervengan en el procedimiento ejecutivo, siempre y cuando pertenecieran los bienes muebles al patrimonio del deudor y fuesen por consiguiente susceptibles de ser rematados. Por lo tanto, quien aspira al usufructo de los bienes

(1) FOLLEVILLE, *Possession des meubles*, n. 76.

(2) Esto, que constituye el efecto capital del embargo y que forma su razón de ser (con tanto mayor motivo cuanto que en nuestro sistema procesal se ha suprimido el efecto ulterior de una prelación a favor de los actores), no aparece consignado expresamente en la ley; v. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, tomo I, p. 12.

muebles, como el que haya adquirido la propiedad de ellos, aunque no haya obtenido su posesión en el instante de comenzar la ejecución judicial (1), puede reivindicarlos y oponerse a que prosiga la misma (art. 647 del Cód. de Proc. civ.), pero si no se propuso a su tiempo la acción reivindicatoria juntamente con la demanda de separación, no puede alegarse el derecho del usufructuario contra el adjudicatario de los muebles, a quien por el remate se confía la adquisición del pleno y libre dominio, cosa que no sucede en el caso de adjudicación de bienes inmuebles, en que sólo adquiere los derechos que correspondían al deudor ejecutado (art. 686 del Cód. de Proc. civ.). Por lo tanto, no le queda al usufructuario sino el derecho a exigir del deudor el valor del usufructo, porque aquél ha pagado sus deudas con cosas que parcialmente pertenecían a un patrimonio ajeno; también al usufructuario corresponde el derecho más amplio a ser resarcido del daño que le causa ser privado de la posesión. Para indemnizarle de la pérdida que ha sufrido, no en contemplacíón al deudor o al acreedor ejecutante, sino únicamente en consideración a la esperanza del adjudicatario, la ley (art. 648 del Cód. de Proc. civ.) otorga a ese crédito una prelación que lo antepone a otros derechos de crédito, aunque sean privilegiados, si bien no a aquellos especiales que implican un derecho real.

La demanda de separación puede deducirla el usufructuario que haya obtenido ya la posesión de los muebles y con respecto al cual se hayan embargado los mismos a instancia de los acreedores del propietario; no pueden coexistir y menos aún prevalecer sobre los derechos del usufructuario poseedor, los privilegios especiales; mas también aquí, si no ha alegado a tiempo su derecho y no impide que se lleve a efecto la ejecución, es responsable de haber permitido que el adjudicatario haya contado con adquirir el pleno dominio, y subastada la cosa, sólo puede reclamar para que se suspenda la entrega del precio. En los casos poco frecuentes de que los acreedores hayan limitado expresamente la ejecución a la nuda propiedad, el usufructuario carece de interés para oponerse a la tramitación del asunto (2). La ejecución no puede producir otro resultado que el de transmitir la nuda propiedad al adjudicatario, respetándose la posesión obtenida por el usufructuario o reservándole íntegro el derecho a exigirla.

Pero tanto en este caso como en el de que el usufructuario ven-

(1) V. Cas. Nápoles, 25 agosto 1892 (*Giur. it.*, 1892, 1.139).

(2) Apel. Roma, 30 octubre 1893 (*Temi rom.*, 1894, 494).

za en su demanda de separación, se puede exigir que queden asegurados los derechos de la propiedad contra él mejor que lo estaban con respecto al deudor. El adjudicatario de la nuda propiedad puede pedir que se formalice el inventario si no se ha hecho, y que se preste caución cuando el título constitutivo no dispense de ello al usufructuario; e igualmente puede exigirla el acreedor ejecutante subrogándose en los derechos del propietario, de quien trae causa.

Cuando el embargo se haya trabado antes de abrirse la sucesión, continúan los actos ejecutivos contra los herederos sin necesidad de recomenzar (art. 569 del Cód. Proc. civ.) y no puede impedirla el llamamiento de un legatario al usufructo; como no la impide tampoco la venta de la cosa embargada. Lo uno y lo otro carece de efecto jurídico, porque tales actos recaen sobre cosas de las cuales no puede disponer el deudor ejecutado y que no pueden adquirirse de otra suerte en daño de los ejecutantes con respecto a él. Por el contrario, los acreedores de la herencia no pueden ejecutar si, por la delación del usufructo, éste se separa de la masa de bienes que constituyen su garantía; pero pueden impedir la disminución de esta última pidiendo la separación del patrimonio.

Cuando la ejecución se siga a instancia del agente de la Hacienda y por débito de contribuciones, antes o en vez de iniciar la vía judicial para hacer efectivos sus derechos, puede el usufructuario reclamar ante el agente, y elevado que sea el asunto a la superioridad, el Gobernador puede resolver que se suspenda la ejecución (art. 72 del Texto único de 23 de junio de 1897).

CAPÍTULO IV

EL DISFRUTE DEL USUFRUCTUARIO

§ 1. Conversión del usufructo en propiedad.

SUMARIO: 265. Cuasiusufructo sobre bienes que sólo prestan utilidad una vez. Concepto de lo consumible.—266. Bienes consumibles y deteriorables.—267. Cuasiusufructo sobre materiales que se hayan de emplear en la construcción de cosas nuevas.—268. Cuasiusufructo sobre instrumentos de cambio. Cosas consumibles y fungibles.—269. Momento de la transformación en propiedad. Cuasiusufructo sobre los animales que constituyen la dotación de un fundo.—270. Apropiación de partes de la cosa que subsigue a la subrogación de ellas.—271. Apropiación de las pertenencias de bienes inmuebles sustituídas.—272. Continuación. Teoría del usufructo con facultad de disponer; concepto de la universalidad de cosas y apropiación de los elementos de la universalidad.—273. La universalidad como objeto de derecho.—274. Resumen. Aplicaciones al usufructo de un establecimiento comercial.—275. Apropiación sucesiva en el usufructo de créditos.—276. Casos en que por incompatibilidad del usufructo con la propiedad, se transforma aquél en un derecho de obligación exigible al propietario.

265. El derecho a la posesión no es más que el medio de obtener el goce de las cosas usufructuadas, el cual goce tiene como límite la conservación de la sustancia de la cosa. Si el goce no es compatible con el respeto a esta limitación, se convierte el usufructo en propiedad, y el anterior propietario o sus sucesores, quedan investidos de un derecho personal para exigir la restitución del equivalente. La relación que de ello se deriva y a la que conviene conservar el nombre tradicional de *cuasiusufructo*, se aplica ante todo a las cosas que se destruyen con un solo acto de disfrute. A ellas se adapta con más exactitud el nombre de *cosas consumibles* del cual es una paráfrasis la definición que da el artículo 483 (a); por su parte, la

(a) [Art. 482 del Cód. esp.]

doctrina corriente deduce este carácter jurídico atendiendo a la constitución física de la cosa misma. Todas las cosas son en realidad susceptibles de diversos modos de goce para servir a la satisfacción de las necesidades humanas infinitamente variadas, y todas pueden procurar utilidad compatible con su conservación. La condición de *consumible,* pues, la determina, no la constitución física de la cosa, sino el destino que recibe cuando se la adscribe a un cierto disfrute que necesariamente cause su inmediata destrucción. Y lo único de verdad que hay en la doctrina corriente es que la constitución física de las cosas indica frecuentemente su destino normal de ser destruídas con el disfrute; por ello, para imprimirle el carácter de inconsumible, es necesario que una manifestación de voluntad del dueño, anterior al momento en que otro adquiera el derecho a poseerla, dé a la cosa un destino distinto del corriente, y quien considera que la consumibilidad es una cualidad material de la cosa, o se ve obligado a contradecirse (reconociendo que puede modificarla la voluntad de los particulares) (1), o priva de valor a la definición y tiene que reconocer que los particulares pueden tratar a las cosas inconsumibles como si fuesen consumibles y viceversa (2). Es mayor la variación del destino cuando se trata de relaciones jurídicas de duración corta y determinada—es obvio que el destino carece de importancia jurídica mientras la cosa permanece en la economía individual del propietario—, y así puede darse un comodato de comestibles o de combustible para que sirvan de muestra, y aún es más frecuente la constitución de prenda sobre cosas de esta clase, que entonces resultan precisamente destinadas a conservarse, y mientras tanto prestan utilidad, porque la conservación de ellas asegura al acreedor el poder eventualmente realizarlas para obtener su importe. No es imposible lógicamente, aunque sea muy difícil en la práctica, que al constituirse el usufructo se dé un destino a las cosas distinto del normal, como sería, p. ej., la conservación de comestibles y combustibles. Hay casos también en los que los caracteres físicos de las cosas no ofrecen elementos para señalar el destino normal de las mismas; así v. gr., no se puede decir que los toros estén normalmente destinados al yugo más bien que al matadero; conviene averiguar la situación que tenían las cosas en la economía del propietario, para resolver el destino con que pasan al usufructuario, y ver si éste adquiere o no su propiedad.

---

(1) UNGER, *System d. oest. Privatr.*, § 49 ad n. 8.
(2) BÜRKEL, *Beitr. z. Lehre v. uneigentl. Niessbr.*, I, § 2.

No puede quejarse el usufructuario de un destino de las cosas que, procurándole su propiedad, lo grave con la obligación de restituír un equivalente, aun cuando el valor de su derecho aparezca disminuído en comparación con el valor que tendría el disfrute continuado de la cosa, limitado únicamente por la obligación de restituír el sobrante, si existe, al extinguirse el usufructo, porque precisamente dado aquel destino, no adquiere al nacer el usufructo este modo distinto de goce. De todas suertes, se aprovecha de la diferencia entre el valor actual de la cosa y el valor actual de la entrega del equivalente al caducar su derecho; en cambio, si para el propietario el destino opuesto lo preserva de la transformación de la propiedad en un derecho de crédito, y si el azar de la disminución de valor que pueda sufrir la cosa con el transcurso del tiempo está, en cierto modo, compensado por la probabilidad de un aumento, la continuidad del usufructo de una cosa que se deteriora por el uso ofrece el peligro de que al terminar el usufructo sea poco o nada lo que se haya de recuperar. Pero por la misma razón de que cuando el usufructo nace se fija inalterablemente la relación jurídica entre las partes (salvo el caso de transformación del objeto durante el usufructo), el propietario o el heredero del propietario no pueden esquivar la pérdida parcial o total mudando el destino anterior de la cosa e imponiendo al usufructuario la obligación de entregar el equivalente.

266. La deteriorabilidad no es tampoco en rigor cualidad natural de las cosas (1); si todas ellas están sujetas a alteraciones, y todo pierde o menoscaba más o menos tarde la aptitud que tenía para prestar una utilidad correspondiente a su constitución primera, lo que determina el grado de deteriorabilidad es en sustancia el destino que se les da para ser utilizadas en una u otra forma; y el ser más o menos susceptibles de un menoscabo rápido, consecuencia del uso a que según su naturaleza aparecen normalmente destinadas, no basta para que, deseando proteger los intereses de la propiedad, se convierta el usufructo establecido sobre ellas en un cuasiusufructo. Y así es como el artículo 484 (a) faculta al usufructuario de cosas que, como la lencería y el mobiliario, se deterioran poco a poco con el uso, para servirse de ellas sin más obligación que la de restituirlas

(1) *Contra:* ROGUIN, *Les choses fongibles et les choses de consommation* (Lausana, 1892).

(a) [Art. 481 del Cód. esp.]

en el estado en que se hallen cuando se extinga su derecho. Más claramente aún está indicada la posibilidad de que el aniquilamiento total de la cosa, como consecuencia de su uso normal, exonere de toda responsabilidad al usufructuario, cuando se trata del usufructo constituído sobre animales (art. 512).

Con la solución que da el artículo 484, es arbitrario volver a intentar, como hacen algunos escritores (1), una distinción entre las cosas según que sean susceptibles de más o menos rápido deterioro, empujados por las consideraciones económicas que en la Jurisprudencia romana llevaron a regular casi contradictoriamente el usufructo de ropas (2), y deduciendo de la preponderancia del interés del usufructuario sobre el del propietario, respecto a las cosas de desgaste rápido, una extensión del poder jurídico de aquél. Así como el usufructuario no está obligado a restituír más que lo que reste de las cosas después de un uso normal (si algo queda), y el propietario no puede obligarle a devolver la cosa para asegurarse el valor íntegro que tenía al comenzar el usufructo (3), tampoco puede facultarse al usufructuario para vender y asumir espontáneamente la obligación de restituír el equivalente, aun cuando por este medio se mejore la condición del dueño. No vale decir que la venta de cosa sujeta a perecer y la inversión del precio obtenido son actos de buena administración, y que, pues el usufructuario debe gozar como propietario, tiene que proceder como él, y no permitir, por ejemplo, que se muera de viejo un animal que, vendido antes, podría producir un beneficio; porque la administración y disfrute del usufructuario están limitados estrictamente a cosas determinadas que forman el objeto del usufructo, y no comprenden los actos de administración y de goce que realiza el propietario sobre las cosas como elementos de su patrimonio (4).

Por lo demás, aun cuando la enajenación que realice el usufructuario sea ilegal, no cabe otra sanción normal que la de su responsabilidad, tanto menor cuanto más leve sea el daño que experimente el dueño. También puede éste reivindicar la cosa enajenada cuando

(1) PROUDHON, *Usufr.*, nn. 1.075-1.083, 1.098-1.107; en contra, DEMOLOMBE, t. X, n. 295.

(2) § 2, 1, *de us.*, II, 4; ULPIANO, 15, §§ 4 y 5, *de us.*, VII, 1, 9; § 3, *usufr. quemadmodum*, VII, 9, Cfr. GLÜCK, t. IX, § 633; ARNDTS, *Ges. civ. Schr.*, I, p. 196; BÜRKEL, *op. c.*, apéndice; HANAUSEK, *Uneigentl. Niessbr.*, § 3.

(3) PROUDHON, n. 1.108.

(4) V. el n. 274, *in pr.*

no haya pasado a manos de un tercero; pero si el usufructuario le ofrece reembolsarle del equivalente, nada más puede exigir, a menos de probar que sufre un daño directo o indirecto en aquel caso concreto por no haberla recuperado, bien nazca éste de la importancia que la cosa tenía por su asociación con otros bienes suyos, o por atribuirle un considerable precio de afección (1). Y si no se dan estas circunstancias, no puede pedir que se declare caducado el usufructo para castigar así la ilegalidad del acto realizado por el usufructuario.

Pero hay que distinguir entre las cosas sujetas a deterioro por el uso, y aquellas otras que, sin quedar totalmente destruídas por un solo acto de disfrute, mediante éste pierden *una parte homogénea del conjunto que constituye su individualidad* (2). Aparte de toda consideración económica por la cual un disfrute que produzca este efecto ha de parecer inconciliable con la garantía de los intereses del propietario, es evidente que el derecho a ejercitarlo lleva, por necesidad, a una sucesiva apropiación de partes de la cosa, y es incompatible jurídicamente con la persistencia de un derecho distinto de la propiedad sobre la cosa misma; por tanto, pertenecen a la categoría de las cosas consumibles en sentido propio, y se les aplica el segundo término de la designación clásica de *res quæ usu consumuntur vel minuuntur.*

267. Hay otra categoría de cosas cuyo uso no implica destrucción total ni parcial de ellas, sino una transformación sustancial; me refiero a las que sirven de materiales para construír cosas de distinta especie. Aun la destrucción de las propiamente llamadas consumibles, no es físicamente más que una transformación; pero transformación que no permite la subsistencia de elementos susceptibles de ser apropiados. La especificación, en cambio, de los materiales, o la unión de una cosa a otra, permite, alternativamente, o que persista la antigua relación de potestad, o que se origine una relación de poder con respecto a una persona diferente.

Sobre la cosa nueva, y como derechos distintos, pueden concurrir

(1) V. *infra*, n. 274.

(2) Por ejemplo, un saco de grano, una bota de vino, bujías, jabón, etc.— UNGER, con menor precisión, intenta diferenciar las cosas consumibles y las deteriorables atendiendo al grado mayor o menor de su desgaste, a causa de lo cual completa la definición de las primeras diciendo que sufren, al ser usadas, la destrucción total de su sustancia o una considerable disminución de ella.

el usufructo y la propiedad; y cuando la transformación la realice un tercero, y el propietario de los materiales reivindique para sí la cosa formada con ellos, debe dejar el goce de la misma al usufructuario, pero obligándole a contribuír proporcionalmente al pago de la indemnización exigida por el tercero (1). Mas si la transformación la hace el usufructuario mismo, y le impulsa a hacerla el destino de la cosa, que le impedía obtener de ella utilidad en la forma en que estaba al comienzo del usufructo, a tenor de los principios de la accesión de bienes muebles, el propietario no puede reclamar la propiedad de la cosa nuevamente formada, porque la constitución del usufructo sobre cosa susceptible de especificación implica su consentimiento a ella; y por otra parte, tampoco puede conservar el usufructuario el simple usufructo sobre la cosa especificada, y quedar libre restituyendo una sustancialmente distinta de la que recibió. Ni jurídica ni económicamente son comparables los cambios que siguen a la transformación con los derivados del deterioro: unos son instantáneos, los otros lentos y progresivos; con los unos pasa la cosa a una especie distinta, los otros no alteran su naturaleza o calidad; unos dan un resultado económico tan diverso como variados pueden ser los criterios empleados en la transformación; los otros son proporcionados a la duración del goce, y si ocurren durante el usufructo, no son diferentes de lo que hubiera sucedido hallándose el objeto en manos del propietario, salva siempre la intensidad posiblemente distinta del disfrute. En este caso también deben aplicarse las previsiones del art. 483, y reputar como un cuasiusufructo el vínculo constituído sobre los materiales susceptibles de especificación; el ejemplo clásico que hallamos en las fuentes romanas es el del usufructo de la lana (2); y análogamente deben resolverse los casos en que el objeto del usufructo sean hilados, papel, tejidos.

El destino o la consideración de materiales puede ser realizado, bien con la simple especificación, o bien con la unión o mezcla, o, finalmente, con una y otra a la vez. Claro está que si no se da a la cosa este destino y sigue ella siendo susceptible de utilizarse en la misma forma en que la recibe el usufructuario, la unión o especificación que arbitrariamente haga éste no motiva la aplicación de las reglas del cuasiusufructo, y surge entonces el derecho alternativo del propietario a reclamar la propiedad de la cosa nuevamente formada,

(1) PROUDHON, n. 1.882.

(2) ULPIANO, 11, *de us. ear. rer.*, VII, 5.

previo abono del importe de las cosas unidas y del trabajo (artículos 464, 468) (a), o el equivalente de las materias empleadas (artículo 474), o pedir la copropiedad (art. 467) (b); el usufructuario puede pedir la propiedad para sí cuando el valor de las cosas incorporadas o del trabajo empleado exceda del de los materiales ajenos (artículos 466, 470) (c), y en uno y otro caso es responsable de haber traspasado los límites del disfrute respecto a los objetos que se le habían confiado, usándolos en la construcción de cosas nuevas sin consentimiento del dueño. También permanece intacta la facultad del dueño para pedir la separación en caso de que el usufructuario haya empleado la cosa usufructuada para incorporarla a otras distintas que puedan separarse sin notable deterioro: así sucede cuando, por ejemplo, el usufructo comprende piedras preciosas, y el usufructuario las utiliza para formar un collar.

Estos principios pueden ser aplicados igualmente al usufructo de materiales que sirven para la construcción o reparación de edificios; los tablones, vigas, ladrillos, tejas, losas, etc., generalmente no son utilizables más que para incorporarlos al suelo, y el derecho del dueño sobre esta clase de cosas no puede frustrarse dejándolo reducido a la esperanza de recuperarlas cuando termine la incorporación, y tampoco hay motivo para protegerlo de tal suerte que el usufructuario quede obligado a resarcir daños si los utiliza. El destino que se les da hace que con la constitución del usufructo se los apropie el usufructuario obligándose a devolver un equivalente. Si en la economía del propietario hubieran tenido un destino distinto, como, por ejemplo, si éste poseyera un depósito de maderos, tablas o pies derechos que se suelen alquilar para andamiaje o construcción de barracas, el usufructuario no podría apartarse de ese destino sin consentimiento expreso del dueño; conserva la posesión de ellas a nombre del dueño y a cargo de éste está el deterioro, aun cuando aquél sea siempre responsable de una especificación arbitraria.

(a) [Cfr. arts. 375, 378, 383 del Cód. esp. Nótese, con respecto a la especificación, que el Código italiano atribuye en principio la propiedad de la cosa de nueva especie al dueño de la materia, mientras que el español la concede, como regla general, al artífice; y que, tanto por lo que se refiere a la especificación como a la adjunción, faltan en el Código italiano las distinciones que son básicas en el español entre los casos de buena y mala fe.]

(b) [Cfr. art. 380 del Cód. esp.]

(c) [Cfr. arts. 378, párr. 2.°, y 383 del Cód. esp.]

268. El art. 483 enumera en primer lugar el dinero entre las cosas «de las cuales no puede usarse sin consumirlas». En realidad el dinero no es que se consume, sino que se gasta (1); pero el efecto que la inversión produce en la economía individual del que lo emplea es el mismo de la destrucción, porque una vez que ha usado de él en esa forma, se extingue la posibilidad de obtener del mismo otra utilidad, y, por lo tanto, y necesariamente, la de facilitarlo a otros de suerte que de él obtengan provecho. Por eso en materia de dinero es esencialmente incompatible el usufructo con la propiedad; ni siquiera el uso del dinero en forma distinta de la normal, como la aptitud que tiene para ser susceptible de constituír objeto de un depósito o de una prenda, puede servir de fundamento a la constitución de un usufructo sobre él. Igualmente son incompatibles propiedad y usufructo respecto a las demás cosas que se emplean como el dinero; o sea que su sujeción a un doble vínculo de potestad es incompatible con el destino que tienen de instrumento de cambio, cual sucede con el dinero: por este destino, las distintas aptitudes que puedan poseer para satisfacer necesidades humanas quedan reducidas a la utilidad singular que prestan en el momento del cambio (2). Si no aparece este destino viendo la relación en que en la economía del dueño están colocadas unas con otras las cosas sujetas al usufructo, puede manifestarse al tiempo de constituír este derecho. El que lo constituye puede facultar al usufructuario para enajenar algunas de las cosas cuyo disfrute le permite, imponiéndole la restitución del equivalente; efecto de esta disposición es que el usufructuario adquiera inmediatamente la propiedad, y la obligación de restituír se asuma con la aceptación del legado o la colaboración del beneficiario en el acto constitutivo, pero no con el ejercicio del derecho a enajenar que éste le atribuye. De esta suerte y en abstracto puede incluso concebirse hasta la constitución de un cuasiusufructo sobre inmuebles, quedando restringidas a la constitución de la dote, o sea al usufructo marital, las reglas que da el Código para inferir de la naturaleza del objeto y de su evaluación el

(1) *Consumere* se emplea en las fuentes romanas con la significación de *gastar;* v. ULPIANO, 12 pr. § 1, 2, *de r. cr.*, XII, 1; cfr. también el § 233, *de us.*, II, 4: *pecunia permutatione quodammodo extinguitur.* Más frecuente es que dicho término se emplee queriendo aludir a una pérdida cuando no hay nada que venga a sustituír al dinero en el patrimonio de quien lo gasta; v. PAULO, 24, § 4, 32, *de minor.*, IV, 4; ULPIANO, 28, 25, § 1, *de her. pet.*, V, 1.

(2) V. el n. 269.

propósito del constituyente de transmitir al marido la propiedad.

Ampliando conforme a las razones expuestas el concepto de bienes «de utilidad simple», viene a coincidir en gran parte con el concepto de «bienes fungibles». Desde luego debe rechazarse que puedan ser considerados no fungibles los de utilidad singular o consumibles. Cierto es que hay cosas destinadas a destruirse con el primer uso que pueden ser consideradas impropias de sustitución por otras (1); pero esta consideración nada importa mientras se mantengan en la economía del propietario. Cuando sobre estas cosas, o al ser entregadas, surjan derechos ajenos sobre ellas y persista su destino, que implica la destrucción, aparece necesariamente la fungibilidad; no pueden satisfacerse con bienes de utilidad singular distintos intereses en distintos momentos de tiempo, y debiendo uno de ellos agotar la cosa, el otro tiene que contentarse con un equivalente.

Pero aún tiene su importancia la diferenciación entre los conceptos de lo *consumible* y lo *fungible;* y no se puede decir que aquél tenga sólo valor jurídico en cuanto constituya el fundamento del segundo (2), porque hay cosas fungibles que no son consumibles y no se aplican a ellas los principios derivados de esta última cualidad. Constituído un usufructo sobre bienes susceptibles de prestar utilidades repetidas (aun cuando en el uso corriente y en la intención del dueño sea indiferente la sustitución por otros del mismo género) (3), no puede obligarse al usufructuario a que se los apropie y gravarlo con la carga de restituír su valor íntegro. Menos oportuno aún nos parece el intento de suprimir en los Códigos la mención de lo consumible y limitarse a atender las consecuencias de la fungibilidad, definiendo como cosas fungibles aquéllas que, según la intención de los disponentes, sean susceptibles de sustitución (4). Lo contrario es lo que debe prosperar: que la posibilidad de sustituír no basta a transformar el usufructo en cuasiusufructo, si no procede del destino mismo de las cosas su destrucción o enajenación; el propietario que quiera tener la seguridad de reincorporar íntegramente a su pa-

(1) Así, v. gr., el último barril de un determinado vino, una medicina o un licor de composición química desconocida: BÜRKEL, *Uneigentl. Niessbr.*, § 2; una obra maestra de confitería, GOLDSCHMIDT, *Handelsrecht*, § 61, n. 35.

(2) UNGER, § 50, *in fine*.

(3) Tal sucede a menudo con los libros, mobiliario, utensilios de cocina y ropa blanca.

(4) ROGUIN, *op. cit.*, *in fine*.

trimonio el valor de las cosas entregadas en usufructo, tiene que tratar las fungibles como consumibles y desde la creación del usufructo autorizar a su titular para que las enajene.

269. Si la naturaleza o el destino de la cosa no consienten que sobre ella y como relaciones distintas de potestad se constituyan un usufructo y una nuda propiedad, en el instante mismo en que por el negocio o acto jurídico pudiese constituirse y se engendrara el derecho de usufructo, caso de constituirse sobre una cosa distinta, es cuando correspondería la propiedad al usufructuario; y alegando su derecho a la posesión se convertiría en poseedor por sí, y no en representante de otro que conservara la posesión mediata de la cosa. El propietario anterior, o sus sucesores, en sustitución de la propiedad, que pasa al usufructuario, adquieren un derecho de crédito para que se les restituya el equivalente; las obligaciones del usufructuario para con ellos tienen un origen legal, independiente de todo acto de voluntad del usufructuario; así como tampoco influye en ello la formalización del inventario ni la prestación de fianza. De suerte que si la cosa perece por caso fortuito antes de entregarla al usufructuario, perece para éste, que se ha convertido en dueño, y subsiste su obligación de restituír. Cuando el negocio jurídico origen del usufructo no confiere inmediatamente un derecho real; cuando este derecho real de usufructo haya de procurarlo la prestación del obligado, como sucede si el objeto del legado no está en el patrimonio del titular, o está determinado genéricamente, su prestación es la que da la propiedad al usufructuario. Tenga o no la propiedad en el momento en que pide la posesión, el usufructuario puede ser normalmente acreedor de cosa cierta y tiene que soportar la pérdida casual de ella, a menos que el constituyente o el heredero hayan incurrido en mora para entregarla, sin que por ello quede libre de restituír; obligación que aun cuando correlativa a la adquisición de su derecho, no depende de la ejecución de éste. Unicamente si hubiera de pretender cosas genéricamente determinadas no nacería la obligación de restituír sino cuando se cumpliera la obligación de que es causa; pero en esta hipótesis no se da caso fortuito que extinga la obligación para la otra parte. Es erróneo afirmar que la obligación de prestar el equivalente se borre en el caso de perecimiento anterior a la entrega, basándose para ello en una analogía burda entre el cuasiusufructo y el mutuo (1); porque en

(1) PROUDHON, n. 1.002. La analogía del cuasiusufructo con el mutuo es

la relación jurídica del cuasiusufructo hay a favor del usufructuario un derecho preexistente a la entrega, y, por lo tanto, una obligación bilateral.

Pero puede ocurrir que la cosa susceptible originariamente de sujetarse al usufructo o a la propiedad se transforme en cosa de utilidad singular; y entonces, en el momento de la transformación es cuando se cambia la cualidad de usufructuario en la de propietario, y cuando la responsabilidad por la custodia y la conservación de la cosa (que cesaría por virtud de la extinción casual), se transforma en una obligación de restituír el equivalente de lo que sobreviva al perecimiento (1). Ya hube de demostrar, precisamente con motivo de un caso en que la transformación conduce a la conversión del usufructo en cuasiusufructo, es decir, a propósito de la destrucción del edificio (2), cómo el espíritu de nuestra ley responde al mantenimiento del usufructo sobre la cosa transformada. Por eso, también, en caso de morir un animal o perecer un rebaño, creo que el usufructuario conserva la facultad de utilizar lo que subsista, y que el derecho que el art. 513 (a) reconoce al propietario para que se le rinda cuenta de las pieles y su valor, puede alegarse únicamente en el instante de cesar el usufructo (3). La obligación de restituír el va-

---

un lugar común entre los escritores antiguos; v. GLÜCK, t. IX, ps. 410 y ss., y los autores allí citados. Cfr. también HANAUSEK, *Uneigentl. Niessbr.*, apéndice. Este último autor enumera como caracteres diferenciales la diversidad posible del título constitutivo y de las causas de extinción, o la prestación de la caución por parte del cuasiusufructuario; aun prescindiendo de la afirmación errónea de que cosas no fungibles puedan ser objeto de un cuasiusufructo (v. la pág. 255), y sin tomar en consideración que al deber de restituír asumido por el cuasiusufructuario no son aplicables las excepciones de *non numerata pecunia* y del senadoconsulto Macedoniano, el referido escritor se olvida de que al constituirse contractualmente el cuasiusufructo se origina una obligación por parte de quien lo constituye, y no advierte que esta obligación viene a ser correlativa de la contraída por el cuasiusufructuario, por lo cual los deberes de este último tienen como causa la expresada obligación del constituyente y no el cumplimiento mismo de la prestación convenida.

(1) En cambio, la transformación de los bienes de utilidad simple en bienes de utilidad repetida no tiene importancia jurídica, porque sobre aquellos bienes no recae sino el derecho de propiedad del usufructuario, y su transformación no puede de ningún modo influír en la posición del anterior propietario, que tiene un simple derecho de crédito.

(2) V. ps. 124 y ss.

(a) [Cfr. art. 499 del Cód. esp.]

(3) En contra, PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n. 618, que,

lor presupone que el usufructuario ha hecho suyas las pieles, cosa que no habría por qué consentir al usufructuario si por el hecho de perecer desapareciese todo derecho de él (a).

El destino de la cosa que permita su enajenación no implica necesariamente que la haga suya el usufructuario al nacer el usufructo, si es capaz la cosa de prestar utilidad repetida hasta que aquélla se realice. Pero si de tal acontecimiento ha de ser árbitro el mismo usufructuario, no conviene vincular el goce hasta que disponga la enajenación y subordinarlo a la persistencia de la propiedad en otras manos, preordenando un cambio radical de las relaciones entre él y el usufructuario mientras dura el usufructo y por obra suya, como cuando por una causa externa ocurre la transformación de la cosa en un bien de utilidad simple. Para este conflicto de intereses el art. 514 da una solución posible; la relación de pertenencia de los animales con el fundo a que están adscritos, comprende un destino eventual de enajenación; para cultivar el fundo y para la transformación de sus productos, debe el usufructuario poder servirse de aquéllos, pero también debe poder venderlos y sustituír los animales viejos con otros jóvenes, según las necesidades del cultivo y de la ganadería. Para fijar clara y definitivamente sus relaciones con el propietario, se le concede desde el comienzo del usufructo la propiedad de ellos y queda responsable de su valor para con el propietario. La mayor responsabilidad que con esto contrae está compensada con la mayor libertad que se le confiere; y no puede tampoco el propietario quejarse de un trastorno demasiado gran-

---

aplicando las leyes romanas (GAYO, 30, *quib mod.*, VII, 4), considera extinguido el usufructo, y estima que el art. 520 [517 del Código español] constituye una excepción, y no debe por tanto aplicarse por razón de analogía; pero no explica por qué motivo (art. 625) sostiene que los principios romanos son inaplicables al caso de perecimiento de un rebaño del cual restan una o varias cabezas (POMP., 31 D. *eod.)*, o de la cuadriga que quede incompleta por falta de un caballo (ULPIANO, 10, § 8, *eod.)*. Verdad es que la obligación de *rendre compte des cuirs ou de leur valeur*, está consignada también en el Cód. francés (art. 616), donde se sigue un principio opuesto al del art. 520 respecto a perecimiento del edificio; ello prueba que, prevaleciendo el aspecto económico del usufructo, desaparecen el valor, la razón y las consecuencias de aquel antiguo principio en virtud del cual se le relacionaba con una determinada forma patrimonial.

(a) [El argumento no es aplicable al Cód. esp., que impone (art. 499) la obligación precisa de entregar al dueño los despojos que se hayan salvado, sin autorizar la simple restitución del valor.]

de en su economía, porque la conservación sustancial del usufructo le está asegurada, y le debe ser indiferente por completo la sustitución de los animales, que son un agregado del fundo. Por lo demás, el título constitutivo puede impedir que se los apropie el usufructuario, y limitar sus derechos a aquéllos que le corresponden sobre animales determinados o sobre un conjunto de ellos, que es lo que vamos a ver inmediatamente.

270. La posición jurídica del usufructuario respecto a la cosa usufructuada, puede estar sometida a una modificación distinta de las estudiadas hasta ahora, y mediante las cuales se convierte en propiedad el usufructo, o al comenzar éste, o en un momento posterior, asumiendo su titular la obligación personal de restituír. Es posible que del disfrute limitado pase a la propiedad cuando estén a salvo los derechos del propietario respecto a él, *no por la constitución, sino por el cumplimiento* de las obligaciones que le incumben para restablecer la primitiva posición de éste al terminar el usufructo. Esto sucede, y la intuición de los jurisconsultos prácticos ya hubo de advertirlo (1), respecto a las partes constitutivas de una cosa compuesta. Claro que él no puede disponer de ellas, ni tampoco disfrutarlas sino como parte; no puede obtener las utilidades de que serían capaces si tuviesen existencia económica independiente; pero en la obligación que le corresponde de conservar la cosa, está necesariamente implícita la obligación y la facultad de sustituír aquellas partes que ya no sean adecuadas, o que sean menos aptas para su respectiva función si permanecen unidas a la cosa. Una vez sustituídas, dejan de ser partes del todo y no son ya propiedad del dueño de la cosa; en cambio, se unen a ella las partes nuevas, en tanto que las primeras son adquiridas por el usufructuario. La separación y la unión, que son los dos actos en que la sustitución se divide, considerados aisladamente son susceptibles de conducir a distinto resultado; en razón a la una, se resta al propietario la propiedad de las cosas separadas; a virtud de la otra, se le procura la de las cosas unidas; pero cuando estos actos los realiza el usufructuario por causa del título que le obliga a ello, las cosas ocurren de un modo distinto; porque no tiene obligación derivada del título de enriquecer al dueño, debe derivarse del título la facultad de hacer las sustituciones en forma que excluya el enriquecimiento, y ya que, por otra parte, la unión produce necesariamente al propietario

(1) V. PROUDHON, *Usufr.*, n. 1.674.

el dominio de las partes nuevas, debe fundarse en el mismo título la atribución al usufructuario de las partes que se hayan separado. De aquí que dicho usufructuario haga suyos los materiales extraídos del edificio reparado, y sus acreedores puedan embargar los maderos, ladrillos y tejas que a aquél pertenecían, cuando hayan sido sustituídos debidamente. En ello no hay peligro alguno para el propietario, que puede reivindicarlas como cosas suyas si se considera autorizado para impugnar la legitimidad o simplemente la normalidad de la sustitución; como ocurre, sobre todo, en el caso de que el valor de las partes separadas sea superior al de las partes agregadas.

El carácter de partes constitutivas, y la consiguiente apropiabilidad de las sustituídas por el usufructuario, no se encuentra únicamente cuando las partes están unidas con adhesión física (1). El timón, aunque esté materialmente separado del barco, es un complemento necesario de él; y lo mismo ocurre con la llave respecto a la cerradura, los almohadones con relación al coche, el arca y su cubierta, las persianas de la casa, etc. Conviene, de todos modos, diferenciarlas de las cosas adheridas físicamente y que forman con otras un solo cuerpo, entre otras razones porque no se adquiere la propiedad mediante accesión. Pero cuando el usufructuario, con esta forma de unión, viene a completar los elementos de la cosa que usufructúa, se constituye poseedor en nombre del dueño de las nuevas partes que antes le pertenecían, o que adquiere en el acto mismo; y por la propia razón hay que asignarle la propiedad de las cosas ya sustituídas, a cambio de la propiedad cuya adquisición procura al propietario.

271. La misma configuración del vínculo entre usufructuario y propietario cabe aplicarla respecto a aquellas cosas que, aun no formando parte constitutiva de otra que sin ellas ofrece individualidad completa, le están subordinadas por su destino, y con relación a las cuales aparece conferido al usufructuario, no un derecho de goce independiente, sino aquel derecho de disfrute que sirve de medio para el aprovechamiento de la cosa principal. Con semejante subordinación quedan necesariamente modificadas tanto las facultades como las obligaciones del usufructuario respecto a la conser-

(1) Respecto a la distinción entre partes constitutivas que cesan y partes que no cesan de tener *separatum corpus*, es decir, que pierden o no con la incorporación su propia existencia individual, v. SINTENIS, § 41, nn. 17 y ss.; UNGER, § 42, nn. 9 y ss.

vación de ellas; y si por un lado se restringen los límites de goce del mismo, por otro desaparece el interés del propietario en garantizarse la persistencia de su derecho sobre las cosas consideradas individualmente. De esta suerte se regula el usufructo de las pertenencias de los bienes inmuebles que no son animales, y se regularía también el de los ganados dedicados a la agricultura, si no impusiese desde el principio la conversión en propiedad el precepto establecido en el artículo 514. No es aplicable éste por analogía, pues va más allá de las consecuencias necesarias de la conciliación entre los intereses del usufructuario (asegurarse el goce de las pertenencias conforme a su naturaleza y destino) y los del propietario (conservar incólume la sustancia de la cosa principal); si hubiera querido sujetarse a igual regulación los demás inmuebles por destino, se hubiera reproducido el precepto del Cód. francés (art. 1.064), que señala las obligaciones del fiduciario, exigiéndole que tase o evalúe *les bestiaux et les ustensiles servant à faire valoir les terres.*

Quiere buscarse el fundamento de la distinción en la *diferente fungibilidad* de los aperos, máquinas y otros anexos del fundo o de la fábrica en comparación con los animales dedicados a la labor. También aquéllos son cosas fungibles como los animales, en el sentido de ser posible la sustitución y renovación de los mismos sin que sufra alteración la sustancia de la cosa a cuyo servicio están: fungibles como pertenencias y en cuanto son pertenencias. Por otra parte, normalmente los animales se sustituyen en períodos de tiempo cortos según conviene o se necesita; las máquinas y herramientas, no; y por eso cabe que el usufructuario, administrando como un buen padre de familia, y reparándolas en forma para sustituír algunos de sus elementos singulares, pueda restituír las mismas cosas recibidas, aun después de un ejercicio prolongado de su derecho. No es, por tanto, útil ordenar legalmente un cambio del objeto de la propiedad, mandando que haga suyas estas cosas el usufructuario, al comenzar el usufructo, ya que ello puede evitarse previniendo el doble daño que resulta al agravar la eventual responsabilidad del usufructuario y reducir a un título de crédito la garantía del dueño. De todas suertes, no se debe obstruír el camino a la sustitución necesaria; cosa que se logra reconociendo al usufructuario derecho a disponer de las pertenencias y atribuyendo al propietario, consiguientemente, las nuevas o la apropiación por su parte de las cosas que han dejado de ser pertenencias.

El riesgo que puedan correr éstas queda a cargo del propietario; éste responde, ante sus acreedores, con las cosas existentes y

las que llegan a ser pertenencias (1); garantía limitada por el usufructo mientras dura éste; dichas cosas quedan sustraídas a embargo y ejecución por parte de los acreedores del usufructuario. Éste es responsable personalmente de la forma en que haya ejercido su derecho, y cuando haya realizado una sustitución contraria a la obligación de conservar la sustancia total del fundo y de la fábrica como un buen padre de familia, no se producen efectos *reales* y deberán ser rechazadas las pretensiones de sus acreedores sobre las cosas extraídas del fundo (2).

El mismo trato hay que dar a las pertenencias de bienes inmuebles que revistan el carácter de bienes de utilidad simple, como el heno, las semillas, la paja, los piensos, el estiércol. El usufructuario no puede usarlas en el cultivo del fundo usufructuado de un modo distinto a como lo haría si el usufructo estuviera constituído sobre ellas tan sólo, y hubiera de usarlas en beneficio de un fundo propio; se destruyen con usarlas una vez. Pero el cultivo normal exige que al consumirse unos elementos, se vayan realizando los actos que preparan su renovación; de modo que lo que constituye el requisito para la apropiación legítima por parte del usufructuario, no es la previa sustitución de las provisiones que han de consumirse, sino las medidas adoptadas para asegurar las que han de formarse. Lo que debe autorizarse al usufructuario no es que desde un principio haga suyos los efectos, con la obligación de restituír después su equivalente, sino que vaya efectuando su apropiación a medida que ello sea necesario para que pueda disfrutar de tales elementos como

---

(1) Adquieren el carácter de inmuebles cuando el usufructuario las destina al servicio del fundo, no para aumentar o ensanchar los medios de su disfrute, sino para cumplir las obligaciones que le incumben con respecto al propietario, y, por tanto, como representante de este último; así lo reconocen incluso escritores que niegan, en general, la consideración de inmuebles a los bienes incorporados a un fundo por virtud de obras o actos del usufructuario; PROUDHON, *Propriété*, n. 166.

(2) Diferente es el efecto cuando en perjuicio del acreedor hipotecario se retiran y convierten en muebles algunos objetos de la finca; el propietario, como el usufructuario, tiene facultades de disposición; pero al modo como el usufructuario ha de respetar los intereses del dueño, así éste debe salvaguardar los del acreedor hipotecario; de modo que cuando se infrinja esta obligación y vayan transformándose las cosas en objetos no aptos para soportar el gravamen de la hipoteca, el acreedor no tiene otro remedio que solicitar la revocación de los actos fraudulentamente ejecutados en tal sentido. Cfr. CHIRONI, *Privilegi ed ipoteche*, t. II, n. 60, nota.

lo haría el dueño. Éste, por consiguiente, carece de un derecho personal que alegar para exigir la restitución de las provisiones; pero en cualquier momento que se extinga el usufructo, podrá retener como de su propiedad las que en el fundo se encuentren, bien sean las mismas por él entregadas y no consumidas, bien lo sustituído que exista o pueda existir; tal ocurre con las semillas en cuanto parte de los frutos pendientes y con la parte de frutos recogidos destinada a la siembra. Sus acreedores, en tanto dura el usufructo, no pueden instar la enajenación de estas cosas en su beneficio; pero pueden defender sus derechos, como lo haría él mismo, contra las arbitrariedades del propio usufructuario o de sus acreedores. Los del usufructuario no pueden perseguir ejecutivamente esas provisiones, porque tan sólo cuando el usufructuario las utiliza, es decir, cuando las consume, es cuando se las apropia, y detrayéndolas del fundo haría un acto de disposición que no está en sus facultades; ello no menoscaba tampoco la garantía de tales acreedores, que pueden instar la enajenación del usufructo mismo, y cobrando el importe de él, colocar al adjudicatario en la posición del usufructuario, aun respecto a la facultad de disponer de las provisiones.

La mayor parte de los escritores no han logrado escapar al dilema de los artículos 483 y 484 (a), ni han creído poder aplicar al usufructo de las pertenencias reglas distintas de las relativas a los bienes consumibles o deteriorables. Y habiendo de escoger entre las dos soluciones, sólo es aceptable la primera (1); y a ella puede acudirse rechazando la facultad de disposición (y la consiguiente obligación de sustituír del usufructuario), si del título constitutivo aparece el deseo de liquidar previamente las relaciones entre aquél y el dueño. En cambio, es absolutamente contrario al carácter jurídico de las pertenencias, aun de las que pueden dar utilidad repetida, la opinión que las sujeta a las reglas especialísimas señaladas para el usufructo de muebles, con lo que resulta exento el usufructuario de toda obligación respecto a la conservación de la cosa para el uso a que está destinada. La única de las razones alegadas que tiene algún valor, aunque sea inexacta, es la que se funda en la desproporción existente entre el deber que de restituír el equivalente asume el usufructuario, y el alcance de la utilidad que obtiene de su derecho, sobre todo cuando éste es de corta duración; pero tal alegación carece

(a) [Arts. 481 y 482 del Cód. esp.]

(1) Que es la defendida por PROUDHON, nn. 1.754 y ss.

de eficacia contra la solución elegida, que deja ancho margen, según las circunstancias, para modificar la obligación de sustituír, y permite que no se impute al usufructuario lo que parece deterioro normal del conjunto, no de las pertenencias en concreto.

272. La solución propuesta carece de apoyo inmediato en los textos, y para ella es deficiente el auxilio de la analogía que quiere aplicarse a base del artículo 513 (a). Este artículo, que contempla el usufructo de un rebaño, impone la obligación de sustituír, pero únicamente los animales muertos, y si algo se apropia con la sustitución el usufructuario no es más que el valor de las pieles. Más aún, ese artículo no dice una palabra de otra sustitución sino de la que se da con los animales que nacen en el rebaño. Reproducir el principio romano (que por la fuerza de la tradición se ha creído necesario conservar, y que nos trae el recuerdo de una arcaica economía pastoril, disonante en un Código de la segunda mitad del siglo XIX), es inexacto e incompleto; las fuentes preven la sustitución, no sólo de las *capita demortua*, sino también de las *inutilia;* esto es, de los animales que resulte inútil conservar en el rebaño y que, en cambio, el usufructuario pueda utilizar en otra cosa (1); mayor analogía suministra el artículo 490 (b), que prevé la apropiación, y sustitución subsiguiente, de los árboles frutales que mueren o se arrancan o tronchan por accidente; pero este precepto no permite que se induzca de él un principio general para ampliar las facultades del usufructuario; primero, porque en él encontramos una sólida razón *a contrario* para negar al usufructuario derecho a derribar los árboles, aunque sean viejos, con el fin de sustituirlos; y además, porque del cotejo con el artículo 488 aparece que aun en caso de ser derribados accidentalmente sólo se le permite apropiarse los fructíferos (c). Cuanto menor sea el interés del usufructuario en conservar los árboles infructíferos, menos facilidades deben dársele para faltar a la obligación que tiene respecto al propietario; y por eso queda rigurosamente prohibido que obtenga ventaja alguna de la destrucción accidental, a fin de que carezca de interés para simular o pro-

(a) [Art. 499 del Cód. esp.]

(1) POMP., 69, D. *de us.*, VII, 1; v. KOHLER, *d. Dispositionsniessbrauch* en los *Jahrbüch.* de JHERING, t. 24, ps. 187 y ss.

(b) [Cfr. Art. 483 del Cód. esp.]

(c) [El Cód. esp., art. 483, no distingue entre árboles fructíferos o no fructíferos.]

vocar el accidente, descuidando aquella diligencia que debe desplegar siempre.

Pero cabe prescindir de estas resoluciones particulares, ya que no hay necesidad de buscar en la ley la sanción de la facultad que tiene el usufructuario para apropiarse las cosas sustituídas, siempre que la sustitución está comprendida en la obligación de conservar. Así aparece claro en el primer caso de los que he examinado: cuando la sustitución implica un cambio de las partes constitutivas de la cosa usufructuada. En cierta medida el usufructuario debe renovarlas para que no perezca la cosa, pero con la renovación no tiene por qué enriquecer al dueño, y deben quedar en su provecho las cosas extraídas. Mas la relación entre usufructuario y propietario respecto a las pertenencias inmobiliarias y sobre las cosas que forman reunidas una universalidad, no es distinta. La función económica de una cosa cuando aquélla se subordina a la que desempeña otra; su destino de medio o instrumento para utilizar la cosa principal, cambia radicalmente el alcance del deber de conservar que incumbe al usufructuario si aquélla es o llega a ser el objeto del usufructo, conservando este mismo destino. Lo que debe reintegrarse al terminar el usufructo, no es la sustancia de la cosa tomada individualmente, porque la cosa no constituye un bien independiente, y carece de importancia económica para el propietario si no es como complemento del bien al que sirve. Lo mismo ocurre si en vez de una relación de dependencia de unas cosas a otras, se coloca todo un complejo de objetos en relación de interdependencia económica formando un conjunto de cosas; si en vez de aparecer como pertetenencias de una cosa principal, se asocian para un destino económico único, sin prevalecer unas sobre otras.

Un rebaño, un museo, una biblioteca, prescindiendo por ahora de exponer los caracteres diferenciales de estos conjuntos, prestan una utilidad distinta de la suma de utilidades que son susceptibles de procurar por sí los animales, los cuadros, los libros individuales que los componen, y es distinto y aun puede ser mayor el valor en cambio de ellos que la suma del valor total de sus elementos. La reunión de los animales en las funciones de producción y reproducción, la correlación y sistematización de los cuadros y los libros dan a la colección de ellos aptitudes distintas de las que tienen singularmente tomados en cuenta. El destino común económico imprime al agregado una individualidad propia que no cabe alterar por las variaciones y cambios de los componentes. De un modo natural, y dentro de cierto tiempo, se renueva el rebaño entero, y parcialmen-

te puede cambiar mediante sustituciones; en virtud de pérdidas y adquisiciones, varía la composición del museo y de la biblioteca sin que pierdan por ello su individualidad. El primer deber del usufructuario es conservarla si el usufructo ha de causar al dueño una simple privación del goce y si, al terminar aquél, la propiedad ha de volver a ser lo que hubiera sido cuando, en vez del usufructuario, la hubiera disfrutado el dueño; todos los derechos y todas las obligaciones del usufructuario respecto a las cosas componentes están determinados por la necesidad de conservar el conjunto.

Por lo tanto, no son estas cosas tomadas individualmente, sino *la universalidad, lo que constituye el objeto del usufructo.* Y de igual suerte, debe ser considerado objeto del usufructo de las pertenencias, no la universalidad de ellas, sino tantas universalidades como grupos de cosas haya destinadas al servicio de un fundo, a las cuales se les atribuya una función especial. Y únicamente en relación a estos grupos singulares se acude a la fungibilidad de que he hablado en el número anterior; y no es el destino genérico al servicio del fundo, sino el específico a éste o a aquel servicio el que da individualidad a un conjunto de cosas. Por ejemplo, la tienen propia las provisiones, los instrumentos y aperos para los trabajos agrícolas, y las varias clases de animales domésticos (ya que los de labor se rigen por otros principios, según hemos visto), y forman, a su vez, unidades distintas, como la constituye el rebaño. Y en el ámbito de estos grupos singulares, la sustitución da por resultado que pueda apropiarse los elementos sustituídos, en forma varia, como veremos; o dejada al libre arbitrio, o contenida en ciertos límites, u obligatoria y no facultativa para el usufructuario.

Entre los escritores que niegan a la universalidad aptitud para ser objeto de derecho (a), KOHLER cree poder explicar el derecho

(a) [FERRARA, entre los más recientes, impugna la tesis de VENEZIAN acerca de la naturaleza unitaria y autónoma de las universidades de cosas. Para el profesor de Pisa, la *universitas rerum* no constituye un nuevo objeto jurídico, que se sobreponga y contraponga a las cosas singulares de que está formada, sino que consiste y existe en éstas, de tal manera que el todo no es más que la síntesis constante de la pluralidad indeterminada y variable de sus elementos. Si uno tiene —argumenta— la propiedad de las cosas singulares que forman la *universitas,* ¿para qué sirve el reconocimiento de un segundo derecho sobre el complexo, cuando éste no debe expresar sino la relación de titularidad sobre cosas que ya le pertenecen? Para admitir que el conjunto sea objeto autónomo de derechos, precisa conceder la posibilidad de una diversa suerte jurídica del todo y de las partes, lo que no acaece jamás *(Trattato,* vol. I, parte I, págs. 800 y 801).

a disponer por el usufructuario de los elementos individuales de la universalidad, tomando como base una modificación de la naturaleza del usufructo, una extensión de los poderes conferidos sobre las cosas que forman la universalidad y que son las que verdaderamente constituyen el objeto de su derecho (1). Junto al *usufructo normal*, dice, que encierra exclusivamente el derecho a gozar, hay un usufructo que faculta para disponer de las cosas usufructuadas, dando a otro la propiedad, a reserva de sustituirlas o de restituír al dueño su valor al terminar el usufructo. Esta figura jurídica, que puede denominarse *usufructo de disposición*, se distingue con claridad del cuasiusufructo: en ella no hay conversión originaria del usufructo en propiedad, y el titular que enajena la cosa, no transmite un derecho que posea; transmite al adquirente un derecho de que carece, y lo hace en virtud de la facultad que tiene de disponer, a semejanza de lo que hace el acreedor pignoraticio ejercitando el *jus vendendi*. Por consiguiente, sucede que a la extinción del usufructo, se consolida *ipso jure* la propiedad sobre las cosas de que no haya dispuesto, y no es necesaria una nueva transmisión de propiedad del usufructuario al propietario, ni los acreedores de aquél pueden dirigirse, para hacer efectivos sus créditos, contra las cosas usufructuadas, a fin de enajenar el valor de la propiedad de las mismas, sino únicamente contra el valor del usufructo. La diferencia práctica más saliente entre las soluciones propuestas consiste en que, según KOHLER, aun cuando el deber de sustitución es correlativo a la facultad de disponer, no es indispensable para la legitimidad del acto de disposición el requisito de que la sustitución se realice o que el usufructuario efectúe cuanto está obligado a hacer para asegurarla. Pero no sería sólo respecto a la universalidad donde tuviera su razón de ser este usufructo de disposición; su esencia pudiera hallarse en la regulación que se da en varios sistemas jurídicos a relaciones muy distintas, en particular, las patrimoniales de familia: así se explicarían las especialidades del usufructo paterno, del del cónyuge supérstite y del usufructo marital de las antiguas legislaciones germánicas; y todavía se hallaría rastro de ello en la posesión de los bienes del ausente, en la administración interina de los patrimonios rústicos.

Dudo mucho que prospere tan atrevida tesis, sobre la que no

RUGGIERO acepta también todavía la teoría tradicional acerca del carácter de las cosas universales (*Istituzioni*, 4.ª edic., vol. I, pág. 449).]

(1) V. la monografía citada en nota precedente.

insisto por no ser éste lugar adecuado para hacer su crítica, y desconfío de que sirva para determinar la posición jurídica de quien, por distinto título, esté investido del usufructo o de un derecho análogo de disfrute, ese criterio de englobar las facultades que le procura el título y que pueden ser independientes de su cualidad de usufructuario. Corrobora estas dudas mías la distinción que el mismo KOHLER se ve obligado a hacer entre el usufructo de una universalidad y las otras formas del usufructo de disposición, cuando se trata de la transmisión o cesión de la facultad de disponer; cree él que ésta iría normalmente unida a la persona del usufructuario, y no podrían servirse de ella sus acreedores; en tanto que la facultad de disfrute, como es transmisible, constituye una garantía de ellos. Pero KOHLER estima que esto debe resolverse de un modo distinto si está limitada la facultad de disponer, y si la disposición viene impuesta por circunstancias objetivas, de suerte tal que reduzca al mínimo la voluntad del individuo para ejercitarla, que es lo que particularmente ocurre en el caso de usufructo de una universalidad.

Con esto lo que se hace en sustancia, es reconocer *que lo que señala la facultad del usufructuario es la existencia de la universalidad,* y entonces, para aquéllos que en la facultad jurídicamente tutelada reconocen un poder que no recae sobre el mundo exterior, sino únicamente sobre actos humanos, y ven en las cosas corporales (o sea en las porciones de ese mundo exterior), nada más que el medio de fijar la extensión y la naturaleza de los actos que pueden impedirse con arreglo a Derecho (1), es manifiesta la necesidad de

---

(1) V. el t. I, ps. 9 y ss. En la defensa, tan sagaz como docta, que hacen del concepto de la universalidad en cuanto objeto de derecho los anotadores FADDA y BENSA *(Note* a WINDSCHEID, § 137 *b.),* parten de la premisa de que únicamente los bienes corporales son susceptibles de propiedad, y creen incluso que pueden asumir la representación común de la universalidad como cuerpo propio y sustantivo, prescindiendo de su correspondencia con la realidad, en cuanto base de una relación jurídica. DONELO, a quien ellos citan y siguen *(Comm. jur. civ.,* XX, 4, 14), ve en el rebaño un *corpus* que *ex pluribus corporibus constat,* en tanto que no es *corpus* el peculio, ni lo es, en general, un conjunto *quod non omni ex parte constat rebus corporalibus.* Hacen frente con razón a la opinión vulgar para comprender cómo el rebaño puede considerarse a la manera de un todo corporal, contra la idea de SCIALOJA *(Foro it.,* 1882, 705), que enlaza con la filosofía estoica la idea del *corpus rerum distantium,* como la tripartición de los *corpora (simplex, connexum* o *rerum cohærentium* y *rerum distantium).* Pero la unidad del conjunto constituye una mera representación intelectual, y la misma realidad física de la unión (véase

aplicar el concepto de cosa objeto del derecho a aquella *unión* de cosas, conexas por un destino económico común, y que mueven la actividad humana de manera distinta a como lo realizan las cosas singulares.

273. Recurrir a los términos de la ley, que reconoce el concepto de universalidad como objeto del usufructo, tiene una importancia limitada (1). La ley da medios para asegurar o tutelar los intereses comunes; la aplicación de sus mandatos o prohibiciones a uno de los infinitos y variados intereses determinados por la emulación de las energías humanas, no puede sujetarse a un previo reconocimiento, que no ha hecho ella, ni puede exigirse que la inspire la previa conciencia de los resultados cuya consecución facilita. Por eso cuando surge un interés necesitado de tutela, hay que averiguar si a esta tutela son adecuados los medios que para ello procura la ley; y en esto está la dificultad: los intereses reales y vivos que se entremezclan a la existencia de la universalidad, ¿son susceptibles de asegurarse por aquellos medios, de un modo distinto a como se defienden los intereses referentes a los elementos singulares reunidos?

Contestan afirmativamente las anteriores consideraciones para cuanto se relaciona con los conflictos de intereses que resultan al separar del disfrute la propiedad. Porque si tanto para la una como para la otra parte, el interés en conservar la unidad del conjunto se distingue del interés por conservar en su individualidad los diversos elementos singulares, la tutela se logra transportando con igual configuración jurídica la relación entre usufructo y propiedad: antes era respecto a los elementos singulares, y ahora pasa al

---

DERNBURG, *Pfandrecht*, t. I, § 68) no es sino la realidad de la posición en que se hallan colocadas determinadas cosas. Y cuando quiere hacerse la teoría, no la historia de la teoría, no hay por qué tomar en cuenta las representaciones que otros se hayan formado de los fenómenos naturales o sociales.

(1) Aparece consignado en el referido art. 513 para el ejemplo clásico de las universalidades de hecho, tal como aparecía en las fuentes romanas: ULP., 68, § 2, D. *de us.*, VII, 1, 70, § 3 *eod.;* POMP., 31, D. *quib. mod.*, VII, 4, § 38, *J. de rer. div.* Pero expresiones legislativas harto más generales y terminantes, como el § 302 del Cód. austriaco, según el cual «un conjunto de cosas que suela ser considerado como una cosa sola y designado con un nombre común, constituye una cosa colectiva, y ha de ser tratado como una unidad», no han impedido a los intérpretes llegar a conclusiones diametralmente opuestas y negar, por ejemplo, que la universalidad pueda ser objeto de derecho. V. UNGER, § 57; RANDA, *Eigentum*, § 3.

agregado; así se ordenará que el usufructuario pueda disfrutar de los elementos como de partes de la universalidad, y que debe asegurar al propietario la consolidación de su derecho sobre ésta, y no sobre las partes de ella. La facultad de disponer de las partes que han sido sustituídas es una consecuencia de estas premisas; pero, bien entendido, ha de ser precisamente la facultad de disponer dentro de los límites de la sustitución efectuada. En vez de trasladar a un objeto distinto el mismo vínculo jurídico, la teoría del usufructo de disposición convierte el derecho sobre la universalidad en tantos derechos como elementos singulares hay, modificando las relaciones constituídas sobre estos elementos. Ella no basta para asegurar completamente los intereses relativos a la conservación de la universalidad, porque no impone al usufructuario sino la obligación personal de sustituír; pero como ya hemos hecho notar, refiriendo directamente la imposición de este deber y la atribución de la facultad de disponer al arbitrio de las partes, su fundamento queda reducido a una ficción, con mayor motivo en los casos en que no sea voluntaria la constitución del usufructo. Ni en esto, ni en las determinaciones de todos los demás vínculos que se forman en torno a una universalidad, tiene influjo directo la voluntad privada; aunque sí lo tiene indirecto, en cuanto que de la voluntad privada resulta el destino común de las cosas reunidas, esto es, la constitución misma de la universalidad, que da vida a un nuevo objeto de relaciones jurídicas (1).

Pero la verdadera dificultad al separar la tutela de los intereses sobre la universalidad y la correspondiente a sus elementos, se presenta en casos distintos del examinado; en todos aquellos en que las

(1) Los que atacan el concepto de la universalidad como objeto de derecho, se remiten a la voluntad de las partes para explicar cómo puede ocurrir que el legado de una universalidad comprenda los elementos que la componen al abrirse la sucesión, aun cuando no formaran parte de ella al hacerse el testamento; o bien, que en la venta de una universalidad se admita alternativamente la acción redhibitoria o la *quanti minoris*, pero no una y otra cumulativamente para sus diferentes elementos integrantes, según ocurre cuando se venden juntas varias cosas; y que la obligación de prestar una universalidad se trate como obligación indivisible. Cabe conceder que en el Derecho vigente no existe una correlación necesaria entre estos efectos de los convenios particulares y la garantía concedida a un derecho sobre la universalidad; pero pueden consultarse las luminosas observaciones de FADDA y BENSA sobre la incongruencia que entraña el *legatum per vindicationem* de una *universitas* si no se admite la propiedad de la misma.

partes en conflicto no coincidan en dar igual preponderancia a los intereses de la universalidad, como se le otorga en la relación entre propietario y usufructuario. Y por eso alguien ha creído poder acudir a un término medio, reconociendo en las universalidades capacidad para servir de objeto de derecho y admitiendo el usufructo sobre ellas, pero negando la posibilidad de que un dominio o una posesión recaigan sobre la universalidad (1). Esta construcción, que los jurisconsultos romanos hubieran denominado poco elegante, engendra incoherencias lógicas si se atiende al doble aspecto de la tutela del usufructo: al vínculo interno del usufructuario con el dueño, al vínculo externo de aquél con la persona que perturba su goce y su derecho a poseer, sin aspirar por ello a la propiedad. Ahora bien, negando la propiedad de la universalidad, no se comprende cómo frente a quien no sea propietario pueda obrar el usufructuario de aquélla y defenderse precisamente con este carácter. En las relaciones externas, el usufructuario ocupa la misma posición del propietario; pero si no hay propiedad de la universalidad, sino únicamente propiedad de los elementos que la constituyen, en las relaciones externas debería el usufructuario de aquélla despojarse de dicho carácter y asumir el de usufructuario de los elementos que la integran.

La dificultad que hay que salvar para dar significación y valor efectivo al concepto de propiedad de la universalidad, deriva de que el hecho de la reunión no cambia las relaciones de potestad preexistentes sobre las cosas reunidas. Si el dueño de un rebaño no llega a ser dueño de otros animales solamente porque hayan entrado en él, ¿cómo hemos de ver en la propiedad del rebaño cosa distinta de la propiedad de las cabezas que lo constituyen? Una con-

---

(1) PETRAZYCKI, *Lehre v. Einkommen*, I, § 8. En relación con su teoría subjetiva de los frutos (según la cual es fruto todo aquello que para una persona constituye rendimiento o producto de los bienes), observa cómo lo que es simple caso para los individuos, se convierte en *casus rediens* para la colectividad, y pone de manifiesto, muy acertadamente, el carácter de rendimiento que ofrece el lucro derivado del *casus rediens*. De este modo llega a explicar la diferencia entre el fruto de los animales y el fruto del rebaño, mostrando cómo este último comprende también los *capita demortua* y los *inutilia*, a reserva de su subrogación *(summissio)*; pero, según las ideas expuestas, la subrogación no es meramente un requisito para hacer suyas como fruto algunas partes de la universalidad; hay en ello, asimismo, una apropiación correlativa a la subrogación de cosas que no puede entrar en ningún concepto de frutos, por muy amplio que él sea. V. el n. 274.

secuencia, y grave, la motiva sin duda esta independencia en que los derechos sobre las cosas agregadas se hallan respecto al hecho de la agregación; el dominio de la universalidad no prevalece sobre la propiedad de los elementos, y del contraste con ésta puede aquél resultar mutilado y aun destruído. Pero la tutela jurídica es esencialmente relativa, y así como puede darse un conflicto entre quien pretende la propiedad de la universalidad y quien no pueda oponerle la propiedad de los elementos, hay margen para que aquélla despliegue su alcance específico. El que reivindica la universalidad no funda su pretensión en la propiedad de los elementos, sino en la de la universalidad, que puede resultar combinando el hecho de la agregación con el título de adquisición de las diferentes cosas reunidas en universalidad, o indirectamente de la combinación de aquel hecho con la prueba de la propiedad del mayor número de elementos; el demandado puede defenderse negando el fundamento de la acción y el dominio de la universalidad en el actor; puede excepcionar que es dueño de algunos elementos, y conseguir así que la condena a restituír sea limitada; si pretende para sí la propiedad del todo, con su defensa viene a negar fundamento a la acción. Pero lo que no puede hacer es contraponer a la prueba del dominio de la universalidad la prueba de que no pertenecen al actor algunos de los elementos que integran ésta (1); sería lo que se llama una excepción *de jure tertii* a la reivindicación de la universalidad, y en rechazar esta clase de defensa está la diferencia característica entre la reivindicación de una universalidad y la reivindicación colectiva de las cosas agregadas; como en la posibilidad de obtener con la primera elementos que no pertenecen al actor ni al demandado consiste la eficacia práctica de la propiedad de la universalidad (a).

De igual modo que el propietario, y con el mismo resultado, puede alegar para con los terceros el usufructuario su derecho a poseer; y como el derecho de propiedad o de usufructo, puede ser reconocida y tutelada distintamente de sus elementos la posesión de

(1) Esto es lo que sostiene ASCOLI (nota a la trad. de GLÜCK, l. VI, § 536, ps. 12 y ss.) partiendo de la premisa de que con respecto a la *rei vindicatio* los romanos consideraban la propiedad del rebaño como distinta de la propiedad de las diferentes cabezas. Ya advirtió PAMPALONI, *Sulla vindicatio gregis in diritto romano (Riv. it. di sc. giur.,* X, 268 ad n. 34), estudio muy útil por la exposición crítica que hace de la doctrina, cómo la deducción así derivada contrasta con la premisa de que se parte.

(a) [V. en contra de estas apreciaciones, FERRARA, ob. cit., p. 801, nota 3.]

la universalidad, reconociéndole la posibilidad de deducir la acción de recobrar a quien pruebe haber poseído la universalidad, y sin que sea menester probar la posesión de cada uno de sus elementos singulares (1); pero excepto, aquí también, la defensa fundada en la prueba de que se ha obtenido la posesión de los elementos singulares, sin despojar, por tanto, al poseedor de la universalidad. Un interés especial ofrece el problema de si cabe la acción *retinendæ possessionis* respecto a la universalidad; cuestión relacionada con la resolución de otra muy discutida: la de si la posesión de buena fe de una universalidad, compuesta exclusivamente de bienes muebles por naturaleza, de muebles corporales, puede producir los efectos del título.

En apoyo de la solución afirmativa, que prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina (2), se invoca el artículo 417, que atribuye el carácter de muebles por naturaleza a los «que forman colección o son objeto de comercio», y se dice por ello que es directamente aplicable a los mismos la primera parte del artículo 707. La excepción que hay en el inciso final de este artículo, donde se menciona expresamente la universalidad de bienes muebles (a), está relacionada (3) con el sentido que informa el artículo 694, el cual reconoce la posesión legítima de la universalidad de bienes muebles, y, por consiguiente, concede, respecto a ella, la acción de retener; también se recuerda que, así como el Derecho consuetudinario francés admitía la *complainte* en la sucesión de los bienes muebles, el silencio posterior del Código de Napoleón permitía las dudas sobre si se había conservado este recurso, por lo que todos los más antiguos comentaristas de aquel Código (4) discutieron el problema de si podía

(1) Ateniéndose al concepto de la posesión colectiva de los animales y negando la posesión de la universalidad, admite como fundamento del interdicto posesorio la prueba de que se poseía la mayor parte de las cabezas de ganado algún autor, como MEISCHEIDER, *Besitz u. Besitzschutz*, § 45, el cual aplica la teoría que en materia de reivindicación propuso EXNER, *Rechtserwerb d. Tradition*, ps. 215 y ss., y hubo de seguir UNGER, *Jahrb. f. Dogm.*, XII, p. 275.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*, III, 183, 199; RICCI, V, 99; CHIRONI, *Istituz.*, I, § 45; PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 109 bis, etc.

(a) [Comp. art. 464 del Cód. esp., que no contiene la excepción aludida, ni se refiere sólo, como el italiano, a los bienes muebles por su naturaleza, sino a los bienes muebles en general.]

(3) Cas. Roma, 21 noviembre 1877 (*Giur. it.*, 1877, 13).

(4) MALEVILLE, IV, 407; LE ROUX DE BRETAGNE, 1.328; MARCADÉ, ad

aplicarse el principio del artículo 2.279 a la sucesión de bienes muebles, aunque fuera para resolverlo negativamente; y que, a falta de un texto legal regulador de las enajenaciones del heredero aparente, y en tanto que la jurisprudencia trataba de limitar los efectos retroactivos de la aceptación hereditaria, hasta podía parecer plausible aquella aplicación que TROPLONG calificaba de temeraria. La distinción entre *universitas facti* y *juris*, entre la universalidad creación de la voluntad individual y la nacida del Derecho objetivo, constituía la base del pensamiento legislativo de la época en que se redactó el Cód. franc., y aun el nuestro; y, por tanto, se creyó poder inducir que así como a la *universitas juris* (en sus figuras tradicionales de peculio, dote, herencia) se aplica la *complainte* en el Derecho consuetudinario, de igual suerte, y para resolver la cuestión nacida en Francia a propósito de la única figura que sobrevive de la *universitas juris*, la sucesión mobiliaria, nuestro legislador dictó lo dispuesto en los artículos 694 y 707. Para corroborar esta solución aún podría señalar que el inciso final del artículo 707 no puede aplicarse a las universalidades todas, sino que concierne a una sola, suficientemente especificada por el complemento atributivo que contiene el artículo determinante: «de *los* muebles» y no «de muebles»; es decir, aquella universalidad que comprende todos los bienes muebles, o sea la sucesión mobiliaria.

Si aceptamos para la solución negativa (1) y como punto de partida del pensamiento del legislador, el de que la unión material de bienes muebles por naturaleza sea, a su vez, también mueble por naturaleza, y que, por consiguiente, considerada en sí misma, se le podría aplicar la primera parte del artículo 707, se advierte que sólo pudo dictarse el inciso final del artículo citado para prohibir esa aplicación; en cambio, precisamente porque los efectos del título se atribuyen en la primera parte a la posesión sólo de bienes muebles por naturaleza (a diferencia de lo que ocurre en el Cód. franc.), quedaba con ello necesariamente eliminado, sin necesidad de más, el problema de si cabía o no su aplicación a la herencia mobiliaria, pues no siendo ésta una unión de hecho, ni consistiendo exclusivamente en bienes muebles por naturaleza, no podía ser comprendida

---

art. 2.179, n. 2; MASSÉ y VERGÉ, § 849, 7; AUBRY y RAU, § 183; TROPLONG, *Prescr.*, 1.066.

(1) Indicada por BORSARI, § 1.464; RINALDI, *Proprietà mobile*, I. 85; BARATONO, *Azioni possessorie*, n. 165, etc.; pero que únicamente FADDA y BENSA, en la nota citada, desarrollan y demuestran.

entre éstos; pero se alega (1) especialmente respecto a esta imposibilidad de aplicar aquella excepción a la sucesión mobiliaria, el hecho de que no existe en nuestro Derecho una sucesión mobiliaria como universalidad; no ha sido reproducido en Italia (a) el artículo 1.110 del Código de Napoleón, que da el carácter de legado a título universal al legado de todos los bienes muebles, supervivencia de los principios del Derecho consuetudinario sobre separación de patrimonios según su procedencia y naturaleza; la ley nuestra no unifica en modo alguno, ni para ningún efecto los bienes muebles pertenecientes a la herencia.

Esta solución encuentra más seguro fundamento si, prescindiendo de la fórmula vaga con que la ley expresa un vago pensamiento, se clasifica entre los bienes incorporales la unidad que resulta de la unión, aunque sea de bienes corporales; lo cual no es opuesto en modo alguno a las razones para defensa de la posesión mobiliaria, que es la confirmación que da la sociedad a la defensa individual de un interés contra el interés que no sabe o no puede individualmente defender su titular (2). Porque, de una parte, no se ha realizado la defensa individual que consiste en la posesión, cuando se trata de la posesión de una universalidad, que existe en el momento en que sólo en parte se han aprehendido materialmente sus elementos constitutivos. Por otra parte, el abandono de la posesión no implica abandono de la defensa individual, porque a más de la posesión hay otros medios de poder visiblemente exteriorizar la relación de potestad creada sobre la universalidad misma, en tanto que por la complejidad de ésta y por la variedad de funciones que puede asumir, es mucho más inevitable que si se tratara de bienes muebles singulares, el que sea poseída por un no propietario; ni en modo alguno se frustran con ello los resultados de aquella tutela. Quien adquirió de buena fe la posesión de los elementos singulares de una universalidad, podrá siempre alegar respecto a aquellos elementos la posesión como título, y si se intenta la reivindicación de la universalidad, podrá oponer su derecho sobre los elementos individuales, a condición únicamente de apoyarse en esa posesión para los mismos, y

(1) Por FADDA en oposición a BENSA, pág. 468.

(a) [Tampoco ha pasado al Código español. Por ello nuestra doctrina suele entender que la atribución en testamento de todos los bienes muebles o inmuebles es simple legado y no institución de heredero.]

(2) V. mi discurso inaugural: *La tutela dell'aspettativa*, Bolonia, 1900.

que no se pueda demostrar respecto a ellos que ignoraba los derechos del causante.

La inaplicabilidad del art. 707 con respecto a las universalidades de bienes muebles, está en correlación con lo prevenido en el 694, y con el derecho a ejercitar la acción de retener, que ofrece al poseedor de la universalidad, cuando lleva un año de posesión, un sustitutivo de la defensa del derecho que se le niega en concepto de poseedor de buena fe. Igualmente le queda la posibilidad de que la perturbación producida al privarle de la posesión de elementos individuales, le procure la posesión de buena fe de los mismos, y con ello una excepción que oponer a la acción de retener. Lo más singular, indudablemente, es la consecuencia última de poder adquirir por prescripción la universalidad poseída; consecuencia lógicamente necesaria de los principios que acerca de las condiciones para usucapir contienen los arts. 686, 694 y 2.106, aunque de muy escaso alcance práctico, porque difícilmente acaecerá que en el prolongado plazo prescriptivo no llegue a constituirse respecto a todos los muebles singulares que la forman la defensa, más rápida y segura, de la posesión de buena fe.

274. La cuestión examinada se refiere a las universalidades compuestas de muebles por naturaleza; el fundamento dado a la solución contraria a la aquí seguida, a saber, que la posesión de la universalidad participa del carácter de la posesión de sus elementos, impide suscitarla en aquellas universalidades en que entran como elementos constitutivos bienes inmuebles o derechos. Pero si de todas suertes la posesión queda exceptuada del principio del art. 707, la universalidad así constituída ¿puede considerarse objeto de posesión y en general de relaciones jurídicas? Surge una dificultad preliminar por haberse querido inducir que es necesario que la universalidad conste de cosas fungibles al notar que son sustituíbles los elementos de ella. Esta afirmación descansa en un equívoco. Los elementos de la universalidad sólo son fungibles en cuanto elementos; lo que implica que la función de una cosa en la universalidad puede cumplirla una cosa distinta, no que sea fungible por la valoración que tenga en el comercio; es decir, que por la ausencia de características individuales pueda normalmente y de modo indiferente ser sustituída. Con tanto menos motivo puede decirse que solamente la agregación de cosas homogéneas puede llegar a constituír individualidad jurídica, cuando precisamente en las cosas heterogéneas, unidas por la función económica cuyo cumplimiento se distribuye entre

ellas, es en las que se ofrece más acusada la distinción de los intereses relativos al agregado con respecto a aquellos relativos a los diversos elementos reunidos (1).

El tipo de universalidad de esta naturaleza es el establecimiento comercial, y el vínculo del usufructo es el que aclara, mejor que ninguno otro, la necesidad y posibilidad de tutelar separadamente los intereses que se forman en torno al establecimiento en cuanto tal. Lo constituyen normalmente tres clases de elementos: un conjunto de ciertos bienes muebles corporales (mercancías, utensilios, instrumentos, máquinas); el local en que la tienda está situada; la razón comercial y el nombre. El titular puede ser propietario del local ocupado por el establecimiento o arrendatario de él; es posible que permanezca la misma la tienda aun cuando cambie la razón comercial o el título, pero a condición de conservar el local; igualmente es posible que conserve su individualidad cambiando de sede o domicilio, o no teniéndolo, pero a condición de conservar la razón mercantil o el título. Por lo tanto, donde radica la individualidad del establecimiento es siempre en un inmueble o en un bien incorporal (el derecho de alquiler, el derecho exclusivo a usar la razón social o el título o marca); también pueden formar parte de ella otros diversos derechos: derechos de obligación que aseguren al titular prestaciones reales o personales, derechos de exclusiva que resulten de patentes, marcas de fábrica, dibujos o modelos industriales.

Pero la importancia económica del establecimiento, el valor en cambio que tiene y la utilidad que puede procurar, no son iguales a la suma de los valores o a la suma de las utilidades de sus diferentes elementos; aumenta por la asociación o combinación de éstos y se le agrega el valor y la utilidad de aquel elemento esencial del establecimiento que es el tráfico y clientela. El tráfico de una tienda no es más que la costumbre del público de preferirla a otras para adquirir bienes o servicios ofrecidos por ella; la utilidad que proporciona el tráfico consiste en la utilidad que procuran al oferente preferido los diversos actos de cambio. En último análisis son medios de esta utilidad las prestaciones de los clientes (2), y es manifiesto

(1) El carácter necesariamente fungible de los elementos que integran una universalidad, lo ha estudiado WARNKOENIG en *Arch. f. civ. Pr.*, XI, págs. 181 y siguientes.

(2) Puede verse un análisis del fenómeno de la clientela desde el punto de vista económico, en BOEHM-BAWERK, *Recht u. Verhältn. v. Standpunkte d. volkswirthschaft, Güterl.*, págs. 127 y sigs.

que estas prestaciones no pueden constituír inmediatamente objeto de un vínculo jurídico, esto es, que no se pueden reclamar, ni por consiguiente cabe asegurar inmediatamente la esperanza de que ocurran. Una potestad sobre el tráfico significa que la disponibilidad de los factores que lo determinan está en cierto modo asegurada y que está garantizada la potestad sobre los medios de crear y conservar la clientela con exclusión de los competidores. Los bienes materiales y los derechos que forman el tráfico, en tanto son medios para la formación de la clientela, en cuanto persisten asociados en una común función económica; pero esta formación no está en relación de efecto a causa con los elementos singulares asociados, pues cada uno de ellos no contribuye con la totalidad de sus características económicas, sino frecuentemente con características que el análisis elemental descubre como secundarias o insignificantes; ni puede tampoco valorarse la parte que en la creación misma corresponde a aquellos elementos singulares, como en general ningún producto de varios factores puede atribuirse o referirse a uno de ellos con preferencia a otro. Pero evidentemente hay necesidad de ordenar una garantía respecto a la potestad sobre las uniones de los elementos, si quiere lograrse indirectamente asegurar las ventajas patrimoniales del tráfico. De aquí la necesidad de considerar la universalidad o casa mercantil como objeto de derecho, y, por consiguiente, la de admitir una posesión del establecimiento cuando la visibilidad exterior del ejercicio de los derechos comprendidos en él, y la detentación de las cosas materiales que le pertenecen, adquieren valor jurídico para que aparezcan como instrumentos de su ejercicio o disfrute; y éste y la posesión de aquél no desaparecen porque falte la posesión de algunos elementos singulares (1): de aquí, asimismo, la

(1) Si se rechaza que esta posesión, adquirida de buena fe, valga como título, hay que admitir, según indiqué anteriormente, el derecho a ejercitar la acción de retener con respecto a un establecimiento, y, por tanto, la prescriptibilidad de éste. Pero no acierto a explicarme cómo FADDA y BENSA aluden a una prescripción mercantil adquisitiva que se gana en diez años, ya que la prescripción regulada por el Código de Comercio (salvo sus disposiciones en materia de buques), es la prescripción de la acción misma y escapan a su régimen todas aquellas prescripciones que no son consecuencia de haber prescrito una acción, sino que surgen por el concurso de una posesión legítima *ex adverso*. Contra la prescripción mercantil adquisitiva, v. VIVANTE en el *Foro italiano*, 1902, 100, así como los autores que allí se citan. Ha habido alguna sentencia (la del T. de Apel. de Bolonia, fecha 8 de junio de 1888, *Foro*, 1888, 940, censurada con razón por VIVANTE en nota de la propia publicación) en que se

admisibilidad de una propiedad del establecimiento que tampoco se perderá aunque la propiedad de los elementos singulares vaya pasando a otras manos; y de aquí, por último, el que cuando dos relaciones distintas de poder se constituyan sobre la misma casa o fondo de comercio, por ejemplo la propiedad y la prenda, la propiedad y el usufructo, nazca un vínculo jurídico entre los titulares;

---

declara que es aplicable el artículo 707 a la posesión de un establecimiento; pero, en realidad, no puede decirse que dicho fallo aplicara el mencionado precepto, pues, según la Sala, el objeto de la controversia lo constituían los utensilios y las existencias de una droguería, pero no la explotación de la misma. En la jurisprudencia francesa, las condiciones y efectos de la posesión de un establecimiento, sobre todo respecto a la pignoración, han sido materia de múltiples discusiones; durante algún tiempo se estableció una distinción poco lógica entre el caso de que prevalecieran en el negocio los muebles corporales, y la hipótesis de que la parte preponderante la constituyeran los muebles de índole incorporal: en el primer supuesto solía exigirse para la eficacia de la prenda, la transmisión posesoria, y en el supuesto segundo se exigían las formalidades usuales para la prenda sobre créditos, por considerarse que el elemento accesorio quedaba representado, respectivamente, por los derechos y por los muebles corporales, y que el referido elemento accesorio había de estar sujeto a un trato jurídico distinto del otorgado a la parte principal. La cuestión ha sido resuelta por la ley de 1.° de marzo de 1898, que ha establecido una forma nueva de publicidad, susceptible de dar eficacia a la pignoración de una casa mercantil: la inscripción en un Registro que se lleva en la Secretaría del Tribunal de Comercio, y que es independiente de que se haya transmitido o no la posesión. Acerca de esta ley puede consultarse el trabajo de MAGNIN, titulado: *Nantissement des fonds de commerce*, en los *Annales de droit commercial*, 1899 y 1900. A falta de una ley que aplique el principio de publicidad a los muebles que de ello sean susceptibles, como ha hecho la ley de Crédito agrario con respecto a los aperos y ganados del fundo, no es cosa de agravar las consecuencias que ya de por sí produce la insuficiencia de los preceptos vigentes sobre circulación de créditos; y eso es lo que ocurriría si se aplicaran a la pignoración de un establecimiento mercantil (que es un bien mueble e incorporal distinto de los créditos que puedan formar parte de él), las reglas referentes a la prenda sobre créditos, con lo que sería menester que el deudor se privara de la posesión del establecimiento. V. en este sentido NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, II. (a)

(a) [La ley aludida de 1898 ha sido completada en Francia por las de 17 marzo y 1.° abril 1909 sobre venta y pignoración de los fondos de comercio, las cuales al decir de CHAMPCOMMUNAL, han consagrado la propiedad profesional en la esfera del comercio, considerando al establecimiento como universalidad jurídica, como una forma incorporal de bienes muebles (*La protección de la propiedad mercantil*, en *Revista de Derecho Privado*, año 1927, pág. 114).]

vínculo que recíprocamente les obliga a realizar aquellas sustituciones que conduzcan a que se mantenga inalterable la individualidad del patrimonio mercantil y subsista con capacidad de conservar y seguir atrayendo la clientela como en el instante en que se formó la relación jurídica (a).

Por tanto, el usufructuario puede disponer de todos aquellos elementos del establecimiento cuya conservación específica no se necesite para la conservación de su individualidad, y se los apropia en el acto de disponer de ellos, pero hasta aquel momento la propiedad de esos elementos corresponde al propietario de la casa mercantil, quien asimismo tiene la facultad de oponerse a una ejecución que promuevan los acreedores del usufructuario. Para defender esto contra el cargo de que sufren alteración las condiciones del crédito concedido al usufructuario, y quedan disipadas las esperanzas fundadas en la posición patrimonial aparente que le da el poseer las mercancías y el capital del establecimiento (1), bastan dos consideraciones. El que contrata con el usufructuario como poseedor debe confiar en que obteniendo la posesión de los bienes muebles, no será obstáculo para la transmisión de un derecho sobre ellos la circunstancia de aparecer derechos ajenos asegurados únicamente por la posesión; pero quien concede al usufructuario un crédito sin buscar para él garantías reales, no puede contar con la esperanza de que no sea alterada la apariencia de posición patrimonial que resulta de la posesión, porque no contrapone un derecho propio, que esté asegurado por la posesión, al derecho ajeno que con ésta misma esté garantizado. Por otra parte, si la confianza puesta en el usufructuario no ha sido sólo porque materialmente posea los bienes muebles del establecimiento, sino porque poseyéndolos no se exterioriza lo limitado de los derechos que le corresponden en él y utiliza el nombre y la razón mercantil del propietario, debe reputarse que obrando de esta suerte compromete también su responsa-

(a) [V., en contra de la doctrina expuesta, la de FERRARA, que sostiene que no existe una propiedad de la hacienda comercial, como objeto único, ni se dan derechos únicos constituídos sobre la misma. Sólo en un sentido económico, no jurídico, se puede admitir una prenda, una locación o un usufructo de la hacienda, y estas relaciones que la vida económica ha formado, tienen una existencia bien frágil, pues con simple eficacia obligatoria, y sin penetrar en la posición real de los bienes, están destinadas a desaparecer si el propietario enajena la hacienda a terceros (*Trattato*, págs. 813 a 817).]

(1) V. SCIALOJA en el *Foro italiano*, 1883, 705.

bilidad, y de esta suerte cabe dirigirse contra el dueño, con lo que se disipa el peligro de que la actividad de la casa mercantil se sustraiga al pago de los créditos concedidos a la misma (1).

La apropiación por parte del usufructuario está condicionada por la legitimidad de la disposición, y ésta, a su vez, por la sustitución realizada o dispuesta previamente de los elementos singulares. Como esta sustitución tiene eficacia real, y por ella adquiere inmediatamente el propietario el dominio de las mercancías que ingresen en la tienda en lugar de las enajenadas, de los instrumentos y de las máquinas sustituídas, así si falta la sustitución o no se realiza o prepara como exigen el título constitutivo y la naturaleza misma del es-

---

(1) A diferencia de lo que sucede en la cesión, donde el conservar el nombre de la Casa sólo tiene interés para el cesionario, es el propietario de la tienda (que al terminarse el usufructo espera readquirir el disfrute del establecimiento con el mismo tráfico y clientela que tuvo en un principio) el que mayor interés ha de sentir por que no sufra la razón mercantil una alteración que hubiera de repercutir en el volumen de negocios y marcar una solución de continuidad. V. NAVARRINI, *Studi*, cit., II, 22. A diferencia del concesionario, tiene el usufructuario la obligación de mantener sin cambio alguno el nombre del establecimiento; más aún, tiene derecho a hacerlo así sin consentimiento del propietario, porque no podría titularse «Sucesor de...», ni dar su propio nombre al establecimiento, agregándolo al del dueño, sin faltar a la verdad de la relación constituída y sin que apareciese como transmitida a su patrimonio una universalidad que, sin embargo, continúa perteneciendo a otro. Por consiguiente, su posición es la misma que la de un cesionario a quien se hubiera autorizado expresa o tácitamentente para hacer uso de la razón mercantil sin introducir en ella modificación alguna; siendo también una consecuencia de esto la de que el titular tenga carácter de comerciante y se extienda a él, por tanto, la quiebra del establecimiento. Cabrá discutir si va o no implícita aquella autorización al cederse el establecimiento; pero no hay motivo para negar tal concesión cuando a la misma vaya unido el mantenimiento de la reponsabilidad del cedente. La opinión que admite la concesión aludida y niega la persistencia de la responsabilidad es insostenible en nuestro Derecho, que no ordena, como lo hace el alemán, una publicidad especial para registrar la razón mercantil. (V. NAVARRINI, *Studi*, cit., I, 13, y acerca del Registro mercantil en Alemania y Suiza, y sus posibles peligros respecto al crédito, cons. THALLER en el *Bull. de lég. comp.*, 1902, 92). Pero lo mismo que en este caso el cesionario no compromete la responsabilidad del cedente con respecto a las personas conocedoras de la cesión, así tampoco compromete el usufructuario la del dueño cuando se trate de deudas que no se hayan contraído en interés del establecimiento, sino que tengan por causa la satisfacción de necesidades o el pago de adquisiciones extrañas al negocio.

tablecimiento, el propietario podrá ir contra los actos de ilegítima disposición, siempre que no hayan procurado a otro derechos garantizados, y podrá también emplear otros recursos contra el usufructuario incumplidor de sus obligaciones, hasta exigir que sea privado del usufructo por sus abusos.

Con arreglo a estos principios pueden resolverse cuantos conflictos de intereses nazcan de la variable y múltiple naturaleza de los elementos del patrimonio mercantil; la dificultad de aplicación se trasladará a la necesidad o utilidad que haya en disponer o sustituír. De las demás construcciones propuestas, la que está en contradicción más abierta con los principios que regulan el usufructo y los propósitos que presiden su constitución (1), es la que resuelve el usufructo de un fondo de comercio en un cuasiusufructo y expone al propietario, o a sus herederos, a la privación de todas las utilidades en perspectiva y que pueden seguirse del desarrollo del establecimiento, imputando al usufructuario tal beneficio, con todos los riesgos a ello inherentes; y da en compensación al propietario un crédito por el importe del valor que tuviera la casa comercial al iniciarse el usufructo (2). La tesis que, resolviendo el usufructo del establecimiento en un usufructo de sus elementos, halla en él y en su alquiler, en el nombre y en el tráfico objetos capaces de un verdadero usufructo y hace del de las mercancías un cuasiusufructo (3), está en contradicción, no sólo con los supuestos teóricos, sino con los mismos resultados prácticos, ya que es imposible en realidad la conservación de los primeros como elementos no fungibles del establecimiento; porque al terminar el usufructo, el usufructuario estaría autorizado a restituír, juntamente con ellos, y en vez de mercancías iguales a las recibidas, el precio de las mismas, porque no está

(1) Una vez más haré notar que la conversión en cuasiusufructo puede establecerse en el título constitutivo, con relación a toda clase de bienes, y aun cuando sea implícitamente. Así, puede hacerlo un Tribunal cuando en el ejercicio de sus facultades tuitivas respecto a un menor niegue a su padre como beneficiario del usufructo legal el derecho a continuar explotando en su nombre el comercio. El art. 12 del Código mercantil subordina a la autorización judicial la prosecución del ejercicio del comercio «en interés del menor»; pero por las consideraciones expuestas en la nota 1 de la p. 281, el menor está interesado en el ejercicio mercantil que realice su padre como usufructuario, aun cuando los rendimientos no ingresen en su patrimonio, porque participa de las responsabilidades inherentes a tal actividad.

(2) V. PROUDHON, *Us.*, nn. 1.010 y ss.

(3) V. especialmente MARCADÉ.

asegurada su obligación de tener abastecido el establecimiento como lo exige el ejercicio del comercio (1).

Con las expuestas aquí, no se agotan las consecuencias del carácter universal del establecimiento; según expondremos con más detenimiento al tratar de las cargas del usufructo, el usufructuario participa también de las obligaciones y deudas contraídas en beneficio de la casa mercantil antes de nacer el usufructo, como pasan, a su vez, al cesionario; salvo, se entiende, el caso de que queden excluídos en el acto constitutivo, y salvo, también, la subsistencia de la responsabilidad directa del titular para con los acreedores. Esta transmisión de las deudas la asocian muchos escritores al carácter de universalidad de derecho atribuído al establecimiento, y del que se ha querido ver una sanción legislativa en la ley francesa citada en la nota de la pág. 279 sobre pignoración del fondo de comercio. Pero si aquella cualidad entraña el alcance de considerar responsable de las deudas un conjunto de bienes, en realidad es independiente de esto la cuestión de las obligaciones que asume para con el deudor, no para con el acreedor, el que, con relación a él, adquiere una potestad sobre la tienda (2). Y la resolución afirmativa, en manera alguna justifica que se equipare el establecimiento mercantil con un patrimonio o con los núcleos patrimoniales distintos del patrimonio (el peculio en el Derecho romano, la fortuna de mar en el Derecho vigente, el capital constitutivo de la sociedad comercial), en que se distingue entre el conjunto y los bienes que lo componen, pero al solo efecto de la función de garantía que con aquél se realiza. Es tanto menos justificada la antítesis entre el establecimiento como universalidad compuesta de bienes incorporales y la universalidad de cosas corporales, cuando se trata de autor que estima admitida en el Derecho vigente la propiedad de los bienes incorporales (3), o, en general, la aptitud de éstos para ser objeto de derecho, y la consiguiente clasificación de la casa mercantil en una misma categoría con los conjuntos patrimoniales indicados en que entran elementos de aquella naturaleza.

No se atenúa la incoherencia de esta clasificación porque se alu-

(1) Para la crítica de las teorías también pueden consultarse los *Studi* de NAVARRINI, ya citados (II, nn. 5 y ss.).

(2) V. FADDA y BENSA, n. cit., ps. 493 y ss.

(3) Como lo hacen sin embargo FADDA y BENSA, n. cit., p. 509; «el Derecho moderno no excluye la propiedad de las cosas incorporales, ni rechaza por tanto su reivindicación».

da al vario alcance de una unificación no creada por el Derecho objetivo, sino que éste halla ya establecida por la actividad individual. La unidad de los conjuntos patrimoniales es radicalmente distinta de la unidad del establecimiento, *porque no tiene permanencia objetiva,* porque esta unidad no depende del modo en que los bienes o los derechos están recíprocamente colocados, sino de su sometimiento a un vínculo de potestad, y cuando cambia esta relación de poder, desaparece dicha unidad. En otro aspecto, conviene notar que, para la función exclusiva a que tiende esta unificación, se reducen al común denominador de su valor los diversos elementos de cada conjunto patrimonial; y únicamente el valor permanece inalterable a través de las vicisitudes de los elementos constitutivos; de aquí, un vínculo que no puede ser considerado como objeto de relación de potestad.

Por lo demás, no hay quien pueda concebir la propiedad o la posesión del patrimonio; al concepto de usufructo sobre un patrimonio o sobre una parte de él (y me importa mucho dejar bien señalada esta conclusión), no debe atribuírsele otro significado que la designación sintética del usufructo que grava los distintos bienes individuales que en un momento determinado constituyen el patrimonio, o ciertas cuotas de él. La confirmación textual de este aserto (cuya impugnación haría lógicamente que hubiera de admitirse un poder ilimitado del usufructuario de un patrimonio para sustituír sus elementos, con la obligación de conservar la sustancia, que precisamente queda reducida al valor), puede hallarse en el artículo 509, que dispone que cuando haya de satisfacerse el pasivo que grave el patrimonio, la liquidación y la facultad de enajenar bienes está reservada al propietario (a); e indirectamente lo corroboran los artículos 483 y 484 (b), que someten a regulación diferente los bienes comprendidos en el usufructo según su diversa naturaleza (1).

El usufructo de un patrimonio no difiere del usufructo de una herencia, porque ésta no es otra cosa que un patrimonio cuyo contenido queda determinado a la muerte del titular, y que igualmente se resuelve en el usufructo de conjuntos o núcleos hereditarios aislados. Ni la herencia ni el patrimonio pueden conservarse más que en su valor y la institución jurídica llamada «petición de herencia»,

---

(a) [Cfr. art. 510 del Cód. esp.]

(b) [Arts. 481 y 482 del Cód. esp.]

(1) Cfr. HANAUSEK, *L. v. uneigentl. Niessbr. Einl.;* BÜRKEL, *Beitr. z. L. v. Niessbr.*, p. 86.

que las fuentes romanas asemejaban a la reivindicación, no presupone la propiedad de la universalidad hereditaria; no es la reivindicación de la universalidad de los bienes o derechos que constituyen el patrimonio transmitido a la muerte del titular, sino la reivindicación de la cualidad de heredero, o sea del derecho a suceder; y si se la quiere asignar un puesto en el sistema jurídico, hay que equipararla más bien a las acciones de estado, que a las derivadas de la propiedad. El derecho que verdaderamente constituye el objeto de la petición de herencia, no tiene nada de patrimonial y no puede enajenarse; lo que ocurre es que, por mediación de él, y luego de ser reconocido, se obtiene la adquisición de los bienes y derechos pertenecientes al causante de la sucesión. La posesión, o el ejercicio del derecho de suceder y de la cualidad de heredero, son tan posibles como su reivindicación; mas es cosa distinta esta posesión de la de los bienes hereditarios, que los adquiere el llamado a la herencia a virtud sólo de un precepto legal. Pero esta posesión, como la posesión en general de aquellas cosas cuya propiedad no puede adquirirse, no es en modo alguno adecuada para usucapir el derecho hereditario (1).

De propósito he omitido entrar ahora en más pormenores respecto a las condiciones de apropiación de los animales pertenecientes al rebaño usufructuado. Esta universalidad clásica, el rebaño, no ofrece el caso general de la universalidad, porque los elementos que de él se apropia el usufructuario son los mismos frutos de la cosa usufructuada, y el deber de sustituír es una condición para que puedan asumir este carácter de frutos; en tanto que en el establecimiento comercial no son frutos ciertamente las mercancías que vende el usufructuario, sino medios para obtener los frutos. Por otra parte, así como conforme a la variada naturaleza que puede tener la casa mercantil, hay toda una escala, y unas veces es perfectamente indiferente la sustitución de las mercancías que la integran, y en otras ocasiones las características individuales de estas mercancías tienen gran importancia para valorar el conjunto; así hay otras universalidades distintas del establecimiento de comercio, y cuyos elementos no están destinados al cambio, en las cuales puede restringirse en sumo grado la facultad de apropiación, y únicamente cuando se excluya del todo, habrá que abandonar la idea de un usufructo sobre la universalidad, y el derecho de disfrute del usu-

(1) Esta teoría singular ha sido sostenida por BENSA en oposición a FADDA en la n. cit., p. 305.

fructuario se resolverá en definitiva en tantos derechos distintos como factores tenga el conjunto.

En el caso de usufructo de un museo o de una biblioteca, el alcance del concepto de universalidad se reduce a acreditar una facultad posible de sustituír aquellos libros o aquellas obras de arte que puedan serlo con provecho, como, por ejemplo, los duplicados de una librería o de un monetario, el cambio de los ejemplares de libros usados por ejemplares de ediciones no menos solicitadas, copias de cuadros por los originales; facultad mucho más fácil de interpretar como admitida, cuando para la conservación exista una cantidad asignada, de la que goce también el usufructuario; o bien, independientemente de la dotación, si los permisos de estudiar y visitar libros o cuadros se conceden a cambio de alguna compensación que haya de emplearse en la conservación misma según las indicaciones del propietario. Por consiguiente, no cabe separación neta entre las colecciones de objetos, según que estén o no destinadas al comercio (1), aun cuando la posición del usufructuario sea más desembarazada en el primer caso, y en el segundo sea más escasa la importancia práctica de fijar el régimen, que normalmente se deduce del título, sin necesidad de acudir a los principios generales. Aun para las cosas objeto de tráfico o que forman parte de un establecimiento, varía mucho la determinación de la facultad de apropiación y de sustitución; y así como el usufructuario de un negocio de cosas destinadas al consumo o de mercancías sujetas a rápido deterioro o alteración de valor debe renovarlas con adecuada rapidez, el usufructuario de un negocio de antigüedades o de objetos de arte puede incurrir en responsabilidad por las sustituciones que haga, aun sin alterar el valor mercantil resultante de la suma de nuevos valores incorporados al conjunto, cuando altere los factores del negocio, privando al establecimiento de sus objetos más preciosos (2).

275. Tampoco puede aplicarse el elemental dilema de «usufructo propio» o «cuasiusufructo», al usufructo de un crédito; porque para asegurar al usufructuario la utilidad que puede dar el crédito durante el usufructo, no es necesario atribuirle su propiedad, y para proteger los derechos del propietario, no hay que reducirlos a un derecho de obligación respecto a aquél; además de que subordinar

(1) V. WARNKOENIG, *Arch. f. civ. Prax.*, XI, 183.

(2) KOHLER, en los *Jahrb. f. Dogm.*, XXIV, p. 233; PROUDHON, números 1.021 y 1.022.

la duración del usufructo a la del crédito y considerarlo extinguido cuando se satisfaga la obligación correlativa, contrasta igualmente con el propósito que guía la constitución legal o voluntaria del usufructo.

STAMMLER (1) cree que esta tesis se deduce rigurosamente del principio de que el objeto del usufructo de un crédito, es el crédito mismo. Ahora bien, el crédito es un bien, y bien susceptible de ser objeto de derecho, en tanto en cuanto es instrumento de utilidad; pero la utilidad que procura el crédito resulta de la prestación del deudor, y atribuír una potestad sobre el crédito, negando la potestad sobre las prestaciones que el acreedor está obligado a hacer, equivale a desconocer el carácter de cosa al crédito y, en realidad, a negar poder alguno sobre él. Mirando al caso particular del usufructo sobre créditos, o sea al caso en que el deudor esté obligado, no a una sola, sino a repetidas prestaciones, no se ha caído en la cuenta de lo paradójico que resulta dar por extinguido el usufructo al extinguirse el crédito objeto de él. Pronto veremos las consecuencias que se derivan del tal supuesto contenido del crédito, y comenzando por examinar la más sencilla de las hipótesis, la de que la prestación sea una sola, no podremos menos de reconocer que dicha prestación es parte integrante de aquel bien o cosa en que consiste el crédito; que, por consiguiente, en el momento de pagarse ella, el usufructo tiene por objeto la misma prestación y que, según la naturaleza distinta de la misma, es decir, según que la prestación en sí realice la función de suministrar una o repetidas utilidades, en aquel momento sobreviene la conversión del usufructo en propiedad y recae el usufructo sobre la prestación, con el deber de conservar la sustancia de la cosa prestada (2).

Como quiera que el crédito no es otra cosa que la exigibilidad de la prestación (3), desde el momento en que se constituye sobre él un

---

(1) *Niessbr. an Forderungen*, § 18.

(2) No hay confirmación literal y directa de este principio ni en nuestro Código ni en las fuentes romanas; pero la l. 1 *C. de us.*, III, 33, que consiente al usufructuario del as el cobro de las deudas hereditarias a condición de que preste caución, presupone necesariamente que el usufructuario tenga un interés en cobrar; y este interés faltaría por completo cuando el pago hubiera de llevar a la extinción del usufructo.

(3) También en este caso, y según la teoría que admite en el Derecho vigente las obligaciones naturales, se observa la inexistencia de un crédito que sea correlativo a ellas (v. ULP., 42 D. *de o. et a.*, XLIV, 7). Por tanto, antes de

usufructo queda determinada la necesidad de esta conversión, condicionada sólo al requisito de que el plazo venza durante el usufructo, o, en otros términos, que el usufructo encierra en potencia, y desde sus comienzos, el instrumento de utilidad representado por la prestación. Y lo encierra necesariamente, sin que puedan separarse crédito y prestación, ni considerar que ésta sólo es susceptible de disfrute desde que contiene una utilidad en potencia, y no ya cuando se traduzca en acto, puesto que los elementos y las partes constitutivas de un bien material, son aptos para suministrar de presente utilidad en cualquiera de las formas de unión en que puedan reagruparse, y por eso y con criterio que en las legislaciones puede variar, aparece reconocida o excluída la supervivencia del usufructo a su transformación (1).

Por otra parte, la transformación indicada, o el traslado del usufructo para recaer sobre la prestación, se aplaza hasta el vencimiento; por esto en la hipótesis ordinaria de un usufructo a término incierto, queda pendiente de la condición de que aquel plazo preceda a la terminación del usufructo. Es evidente que antes de que la prestación se entregue, no puede el usufructuario apropiársela ni adquirir el disfrute de la cosa prestada; autorizarle para que se adueñe del crédito, implica alterar la posición jurídica del dueño, haciéndola superior a la que debe ocupar según la constitución del usufructo, porque éste sólo le asegura la conservación de la propiedad de ese objeto, si es de utilidad repetida; y, en todo caso, puede contar, al extinguirse anticipadamente el usufructo, con la eventualidad favorable de obtener la utilidad completa que pueda dar. También se altera la posición jurídica que corresponde al usufructuario, al imponerle la obligación de hacer suya la prestación, a la que necesariamente sigue la responsabilidad de restituír cosa distinta de

---

cumplirse la obligación, no hay objeto alguno sobre el cual pueda recaer el usufructo; pero nada impide que se constituya un derecho eventual de usufructo sobre aquello que haya de prestarse en cumplimiento de una obligación natural, y deberá admitirse que dicha prestación estaba comprendida en el patrimonio dejado en usufructo. Cfr. PAULO, 1, § 17 *ad. l. Falc.*, XXXV, 2. Se han ocupado, si bien brevemente, del usufructo sobre obligaciones naturales, HANAUSEK, *op. cit.*, § 22; STAMMLER, *op. cit.*, § 9; STEINBERGER, en la *Zsch. f. Civilr. u. Pr.*, XI, p. 170, citado por HANAUSEK. La conclusión propuesta es la de HANAUSEK, que combate la tesis de que pueda cederse una obligación natural. STAMMLER, por el contrario, admite la cesión, y, en consecuencia, el cuasiusufructo de la obligación natural.

(1) V. *supra*, ps. 124 y ss.

la recibida; utilidad que puede faltar, debido a la insolvencia del deudor o a otras causas. No basta replicar a ello que únicamente con la apropiación del crédito puede hallarse el usufructuario en condiciones de disfrutar antes de que llegue el vencimiento; esta apropiación no le procura, en modo alguno, la posibilidad de disfrutar entonces del crédito, sino de disfrutar de aquello que en sustitución de él incorpore a su patrimonio; lo disfrutaría, sí, usándolo contra su destino, como instrumento de cambio; pero la apropiación estaría justificada sólo cuando uno de ambos nada más, propietario o usufructuario, se sirviese de la cosa según el destino de que sea susceptible. Sin la apropiación el usufructuario ocupa en el plazo anterior al vencimiento la misma posición que tendría el dueño del crédito, y, normalmente al menos, tiene para sí la expectativa de una futura utilidad en vez de la utilidad actual (1).

Lo dicho respecto al usufructo de un crédito simple, es aplicable también al crédito complejo, o sea cuando las prestaciones hayan de hacerse en épocas distintas, pero todas tengan igual carácter de prestaciones de capital y representen partes alícuotas del crédito. Cuando entre las prestaciones haya que distinguir las que tienen carácter de renta de las que ostentan el de capital (con cuya satisfacción cesan las de renta, porque privan al deudor de lo que en sus manos constituía la condición para la renta), las primeras no son parte integrante, sino aquella derivación del crédito que como fruto se apropia el usufructuario. También se alteraría más arbitraria y profundamente la relación entre usufructuario y propietario si se autorizase o impusiese al primero la apropiación del crédito, y los derechos del dueño se redujeran a un derecho de obligación hacia él, porque estos derechos pueden persistir sobre el bien-crédito en su forma jurídica inicial, porque el crédito lo reclama el usufructuario y éste se adueña de las prestaciones que representen los frutos. No es menos arbitrario, sin embargo, considerar extinguido el usufructo con las prestaciones de capital que originan el cese de las rentas y la desaparición del crédito si, en vez de encontrarse

(1) Únicamente en el caso de que el usufructo tenga un término *ad quem* cierto y que sea anterior al vencimiento del crédito, puede en realidad resultar inútil para el usufructuario. Pero esto no quita para que quepa válidamente constituirlo, como cabe constituír en general un usufructo sobre bienes no útiles; baste recordar que el usufructo puede realizar una función meramente negativa, v. gr., la de impedir que el propietario pueda disponer del crédito mientras éste se halle pendiente de abono. V. *supra*, p. 129.

aquí dos fases distintas de utilidad actual (y no la sucesión de una utilidad actual a una utilidad meramente potencial, como la advertida en el caso precedente, esto es, la fase prestación a título de renta y la fase prestación de capital), no hay ya la misma imposibilidad lógica de limitar a la primera la eficacia del usufructo (1). Y aun cuando no lógicamente imposible, sería arbitrario, porque aun las entregas de capital forman parte integrante del crédito y la característica jurídica de éste, así como su importancia económica, se funda principalmente en su aptitud para hacerlas efectivas. Pero incluso en este caso se da a entender que por virtud del derecho de usufructo persiste una *apropiación sucesiva* de las prestaciones de capital, y en su caso un transporte del usufructo sobre aquellas que a su vez procuran bienes sobre los cuales pueden coexistir el usufructo y la propiedad (2).

---

(1) Por eso se concibe que quien constituyó el usufructo quisiera limitar en este caso el derecho del usufructuario a la mera percepción de los frutos, disponiendo que cesara al extinguirse el crédito. Pero esta modificación de lo que es el contenido normal del usufructo de un crédito ha de resultar claramente del título constitutivo. V. también PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n. 375. No es lícito inducir de esta modificación otra ulterior que, privando al beneficiario del derecho a reclamar directamente los frutos al deudor, viniera a quitar a la institución el carácter de un usufructo sobre crédito y la hiciera degenerar en una simple obligación personal a cargo del constituyente. V. HANAUSEK, *op. cit.*, § 18, contra la tesis de STEINBERGER, a quien cita, y para el cual la limitación a los frutos hace ya que se pierda el carácter de *ususfructus nominis*. Conservando a un usufructo así constituído la consideración de derecho real sobre el crédito, lo que forma el objeto de la restitución es el derecho a percibir los frutos, y el usufructuario puede protestar, como si se hubiera agraviado su derecho, contra un cobro anticipado del capital o una novación estipulada por el propietario del crédito. Menor seguridad muestra en este punto HANAUSEK, que en caso de extinguirse el crédito antes de su vencimiento normal, admite la conversión del legado de usufructo en *legatus redituum*.

(2) Para la historia de la doctrina, v. sobre todo el estudio ya citado de STAMMLER (§§ 5 y 6). La idea de que el usufructuario hace suyo el crédito, obligándose a devolver su importe, la defendió entre los glosadores AZÓN; en cambio, ACCURSIO sostiene que el usufructuario de un crédito no tiene más que un derecho de obligación ejercitable contra el constituyente o el heredero, pero sin poder formular reclamación alguna al deudor. ALBERGOTO, discípulo de BALDO, propone una nueva construcción, y hace del usufructuario de un crédito un *procurator in rem suam*. Partiendo de esta idea, BORGNINO CAVALCANO le reconoce facultades para cobrar los intereses, aunque no el capital

En cambio, puede ocurrir que todas las prestaciones tengan el mismo carácter de renta y que el deudor no esté obligado a entregar el equivalente de aquello que a él le sirve para procurar la renta al acreedor. En este caso no hay prestación alguna de capital (llamando *capital* a la fuente de renta); ni prestación ninguna, por consiguiente, que constituya parte integrante del crédito, que no es más que el derecho a los intereses; y el usufructuario, cuando se apropia las prestaciones que constituyen los frutos del crédito, continúa,

---

sin el concurso del propietario: *ad usumfructum non vero da proprietatem agere;* teoría seguida entre los españoles por CASTILLO DE SOTOMAYOR, en tanto que SALGADO se atiene a la construcción de ALBERGOTO. FABER reproduce la tesis acogida en la Glosa, y CUYACIO hace del usufructuario un cesionario del crédito. Entre los jurisconsultos flamencos y alemanes de los siglos XVII y XVIII se discute por lo general si en el usufructo de un crédito hay un verdadero usufructo, o se trata de un cuasiusufructo más bien; atendiendo principalmente a las numerosas formas de obligación irredimible de prestaciones perpetuas en el Derecho germánico, VINNIO y otros aceptan la primera solución, al paso que la segunda cuenta con mayor número de partidarios (estando entre ellos VOET y NOODT); pero se abre camino también una doctrina intermedia que suele admitir la existencia de un verdadero usufructo sobre el capital cuando queda excluída cualquiera otra potestad sobre éste, y un cuasiusufructo en el caso de que exista sobre el capital otro poder. Entre los escritores posteriores algunos niegan que el usufructo de un crédito sea una relación sustantiva, pues consideran el crédito como un medio de obtener cosas susceptibles de usufructo y estiman que el objeto del usufructo consiste en la prestación a que está obligado el deudor (v., por ejemplo, la opinión de ZIELONACKI, *Crit. Erört. üb. d. Servitutenl.);* otros resuelven el usufructo de un crédito en un cuasiusufructo, haciendo de su titular un mero cesionario (PUCHTA, *Pand.*, § 182; BRINZ, *Pand.*, § 194 *b);* hay quien atribuye al usufructuario un derecho de obligación ejercitable contra el deudor y que tiene por objeto o la prestación de cosas no consumibles por el usufructo, o la prestación en propiedad de cosa consumible, y por tanto la constitución de un cuasiusufructo (BÜRKEL, § 9); y no falta quien admita, como en sustancia lo he hecho yo, que el usufructo viene a transformarse por virtud de la prestación, y según su objeto, en verdadero usufructo o en cuasiusufructo (v., entre otros, SINTENIS, *Civilr.*, § 59; WINDSCHEID, § 206; BOECKING, *Pand.*, § 166, etc.); aunque partiendo desde un punto de vista distinto, y negando que el usufructo tenga por objeto el crédito mismo. Ya he señalado, por lo demás, cuáles sean las deducciones que algunos, y especialmente STAMMLER, derivan del concepto de un usufructo que tenga un crédito por objeto. Cfr. también HANAUSEK, *L. v. uneigentl. N.*, §§ 13 y ss.; MANSBACH, *Niessbr. an Forder.*, § 8. En el párrafo siguiente trataré de las opiniones de los escritores franceses e italianos, que se ocupan sobre todo de la cuestión relativa a si el usufructuario tiene o no facultades para reclamar el capital.

mientras dure el usufructo, teniendo sometido a su poder el mismo derecho a la renta; su derecho puede coexistir con el que corresponde al dueño del crédito durante todo el usufructo; como el objeto de éste no asume la nueva forma de satisfacción de la deuda, no hay sucesiva apropiación con el deber de restituír, es decir, una conversión del usufructo en propiedad. No hay dificultad alguna en reconocer la compatibilidad de la propiedad y el usufructo en las rentas perpetuas, porque si el interés anual de la deuda agota íntegramente la utilidad del derecho a la misma; si, como en el crédito derivado de un mutuo con interés, no existe otra pretensión que pueda reclamarse fuera de las prestaciones de las anualidades singulares; y si el usufructuario, reclamando su derecho a las rentas, hace suya la anualidad como frutos, el derecho mismo sobrevive a la prestación de cuantas anualidades se exijan y subsiste íntegra su potencialidad para procurar otras indefinidas y sucesivas. Si, por el contrario, se trata de una renta vitalicia, el que persista o no la obligación de prestar otras anualidades, además de las devengadas durante el usufructo, depende del momento en que el usufructo se extinga; puede suceder que cese la renta vitalicia antes de terminar el usufructo; mas de todas suertes, el valor que resulta de la totalidad de anualidades no vencidas, es distinto y menor del que tenía el derecho a la renta cuando comenzó el usufructo. Así se explican las tentativas de los tratadistas de Derecho común para dejar de incluír esta forma de crédito en la doctrina que sostiene que el objeto del usufructo es el crédito mismo; quién ha reputado las anualidades como partes alícuotas de este crédito conjunto que el usufructuario no puede apropiarse en concepto de frutos (porque si se adueña de ellas, es como una porción del objeto del usufructo, que no puede conservar en su forma específica, y con la obligación, por tanto, de restituír su importe después de haberlas empleado o invertido como instrumento productor de frutos); quién ha querido separar en cada anualidad una parte correspondiente al interés del capital (y equivalente al derecho a la renta en el momento de comenzar el usufructo) y otra que representa la cuota de amortización, y ha reconocido al usufructuario, en concepto de frutos, la apropiación incondicional de la primera, y aun de la segunda, pero como parte del objeto de su derecho, y por consiguiente, con la obligación de restituír.

El artículo 482 del Código (a), inspirándose en una corriente, fuerte ya en la doctrina del Derecho común, ha resuelto la cuestión

(a) [Cfr. art. 475 del Cód. esp.]

disponiendo que el usufructuario pueda «cobrar las pensiones vencidas durante el usufructo día por día» y que debe «restituír las que hubiera recibido de más anticipadamente». Esta solución que a alguno ha parecido aconsejada únicamente por el propósito práctico de evitar dificultades de compensación, tiene un fundamento más hondo y un alcance más amplio del que ordinariamente se le atribuye. De las demás soluciones propuestas, no podría aceptarse la primera, aunque se modelara la relación jurídica entre propiedad y usufructo sobre la base de la proporción entre el valor de la propiedad y el del usufructo (1). La segunda escapa a esta censura; pero lo que la hace inadecuada si ha de servir de base a una relación jurídica, es algo más que la incertidumbre para valorar los intereses y la cuota de amortización con arreglo a los términos variables de duración del usufructo, duración de la renta y tipo de capitalización.

Si la garantía concedida respectivamente a la propiedad y al usufructo se reduce a la garantía de un valor o importe determinado, desaparece la idea de un derecho real. Es indiscutida e indiscutible la importancia de la distinción en cuanto la garantía del valor representa un *quid minus* respecto a la garantía del derecho. Lo que la ley asegura al propietario de una renta vitalicia, no es una utilidad igual a la que puede darle la prestación de la renta, sino de un modo absoluto la misma prestación de la renta; y si el usufructuario ha de gozar como el propietario mientras dura el usufructo, la prestación de la renta es la que igualmente ha de poder exigir.

Pero la distinción indicada y la aplicación de la defensa social más bien a la forma que al valor de la relación, es tanto más justa cuando ella sea la que represente un *quid minus* en comparación con la garantía del importe o valor. Ahora bien; para conceder al usufructuario de una renta vitalicia la apropiación definitiva e incondicional de las anualidades (con lo que le resulta asegurado en su forma específica el ejercicio del derecho afectado por el usufructo), no es obstáculo el efecto perjudicial que pueda derivarse de ello para el propietario, porque este efecto está relacionado con el contenido económico de la propiedad de la renta, pero no perjudica su

---

(1) No me parece necesario ofrecer una demostración aritmética de ello: el usufructo de un capital que, al comenzar dicho usufructo, sea igual al valor que entonces tenga la renta vitalicia, no puede ser lo mismo, sino que forzosamente ha de ser superior al valor que, con referencia siempre a aquel momento, tuviera el usufructo si hubiese de recaer sobre las diferentes anualidades, conforme fueran venciendo éstas.

sustancia jurídica. El usufructuario no agota ni usurpa el derecho a la renta cuando al cesar conserva el propietario derecho a exigir las anualidades no vencidas aún, si bien la apropiación de las vencidas durante el usufructo puede absorber total o parcialmente el valor-capital de la misma renta. A consecuencia del disfrute del usufructuario, el propietario no viene a encontrarse, al cesar el usufructo, en distinta posición de la que tendría si fuera él mismo quien hubiese disfrutado. Ciertamente que en vez de consumir las anualidades hubiera podido capitalizarlas en todo o en parte; pero el aumento patrimonial que así adquiriese no guardaría relación con el ejercicio del derecho a la renta, sino más bien con una actividad suya subsiguiente a la apropiación de las anualidades. Y si le falta este aumento patrimonial cuando su derecho de propiedad queda modificado por la superposición del usufructo, puede, sin embargo, afirmarse que se ha reintegrado a la posición jurídica que habría ocupado disfrutando de ellas en vez del usufructuario; siquiera no resulte lo mismo en cuanto a la posición económica, en el caso de que no hubiera consumido, sino que hubiera ahorrado (1).

Lo mismo ocurre en todos los demás casos en que un derecho es fuente de renta durante un determinado tiempo; hay una reiteración de utilidades limitada a aquella época y sobre él pueden coexistir los derechos de propiedad y usufructo. El usufructuario se adueña de las cosas y de las prestaciones que forman la renta sin perjudicar la sustancia del derecho, que estriba en su aptitud para redituar durante un cierto tiempo; y la modificación que a la propiedad lleva la superposición del usufructo no difiere de la que ocasiona éste cuando se halla constituído sobre un derecho perpetuo, porque en uno y otro caso se priva al propietario de los productos o rentas que se devenguen durante el usufructo; aun cuando sea distinta la relación consiguiente entre el valor de la propiedad y el valor de aquél, y resulte tanto mayor cuanto menor sea la relación entre el tiempo de vigencia del derecho y la duración del usufructo.

---

(1) También tiene una larga historia la doctrina relativa al usufructo de renta vitalicia, aun cuando su interés sea menor después de la solución legislativa consignada en al art. 482. Cfr. los autores citados por STAMMLER (§ 9, número 196), por HANAUSEK (§ 23, n. 4) y por MARCADÉ (en la *Revue critique*, 1851, I, 144). Como partidarios de la tesis de que el usufructuario no hace suyas las anualidades, sino que únicamente le corresponde el disfrute de las mismas, cabe citar a DERNBURG (*Preuss. Privatrecht*, § 286, n. 2) y BÜRKEL (*op. cit.*, § 9).

Una aplicación de estos principios la tenemos en el caso de un usufructo constituído sobre otro; cosa posible también mediante legado si el usufructo de que está investido el disponente se determina por la vida de un tercero. Se comprende que la duración del usufructo sobre otro usufructo no pueda exceder de la del usufructo-objeto, pero puede ser menor, a diferencia de lo que ocurre en el caso de transmisión o cesión del usufructo. La hipótesis está sancionada implícitamente en las fuentes romanas, y por el Código (artículo 1.413), que regula la constitución del usufructo en una dote. Si el usufructuario deviniese propietario del usufructo-objeto, sería responsable para el titular del valor del mismo, y resultando éste de la suma de los frutos percibidos, debería restituirlos todos al extinguirse el derecho propio, y beneficiarse sólo con el goce, o sea con la diferencia de valor que medie en el instante de la separación entre la utilidad actual y la utilidad posible de los mismos frutos. En cambio, el usufructo-objeto queda en el patrimonio del titular, al que solamente se asegura la utilidad que puede dar después de terminar el usufructo constituído sobre él; en tanto que el usufructuario del usufructo, se apropia definitivamente los frutos disfrutando como lo haría el titular (1).

(1) El art. 1.413 habla de «restitución del derecho de usufructo». No hay duda alguna de que al disolverse el matrimonio puede el derecho de la mujer usufructuaria ejercitarse como una acción real y no se halla subordinado al cumplimiento de ninguna obligación personal de los herederos del marido. TRIPH., 78, § 1, *d. j. d.*, XXIII, 3, prevé la constitución en dote de un usufructo sobre fundos del marido, y estimando realizada para el usufructo sobre el fundo propio una cuasi consolidación—*suo fundo quasi dominus utilitur*—, exige que a la disolución del matrimonio se efectúe una nueva constitución en favor de la mujer. Cfr. sobre el art. 1.413, BORSARI, §§ 3.430 y 3.431, si bien dicho autor define muy inexactamente en otro lugar (§ 947) el usufructo sobre otro usufructo, diciendo que en tal caso lo que existe es el usufructo de un fundo cuya propiedad corresponde a persona distinta de la que creó tal derecho—. El usufructo sobre un derecho temporal se parece mucho al que se constituye sobre una cosa susceptible de producir utilidades con reiteración, aunque sólo durante cierto período de tiempo, como un animal o una mina. Y como quiera que el derecho del propietario, al extinguirse el usufructo, se resuelve en nada cuando el animal ha perecido (art. 512), también es cierto que, cuando se trata de una mina, y ésta se va agotando más o menos rápidamente, la propiedad se reanuda en las condiciones en que el objeto se halla al terminar el usufructo, sin que el propietario pueda pedir entonces que le devuelvan los productos rendidos por la mina, ya que la ley (art. 444) los considera expresamente como frutos. En este sentido, y para estudiar la eficacia de un embargo trabado sobre

Otra aplicación la tenemos en el usufructo constituído sobre un arrendamiento. La solución por mí indicada, y que es la que la mayor parte de los tratadistas patrocinan (1), carece de sanción legal; pero en el caso de que el objeto del usufructo sea un derecho de arrendamiento, la consecuencia es sencilla y clara: cuantas utilidades se obtengan del uso de las cosas entregadas en arrendamiento tienen carácter de renta y corresponden al usufructuario, quien está obligado al pago de la merced para con el titular del derecho, esto es, respecto al arrendatario y sus herederos, que son los únicos directamente responsables frente al arrendador; y al terminar el usufructo, se reintegra la propiedad del derecho si no se estipuló por un plazo el contrato, y el arrendatario puede recoger las utilidades que procure en adelante. Para la doctrina contraria (2), los productos o utilidades forman parte del objeto sobre que recae el usufructo de arrendamiento, y procede que el usufructuario se las vaya apropiando a medida que se devengan, aunque quede obligado a restituirlas. Creo innecesario exponer las erróneas alegaciones hechas en pro (3).

---

los minerales por los acreedores del usufructuario, consúltese el fallo dictado por el T. de Apel. de Catania en 20 de diciembre de 1897 (*Legge*, 1898, 1, 413); cfr. también del propio Tribunal y en la propia fecha, *eod.*, 376. BORSARI (§ 971) no tiene reparo en admitir esta misma regla respecto al usufructuario, y es realmente extraño que se incline a una solución diversa (§ 339) cuando se trata de constituír en dote una mina, pues entonces sostiene que los frutos destinados al marido no consisten en el importe del mineral vendido, sino en el interés de dicho precio. Y no es menos rara la antítesis que cree ver entre la constitución de dote con una mina o con un usufructo.

(1) PROUDHON, *Us.*, 367; LAURENT, VI, 379; BORSARI, § 947; BIANCHI (Fr.), *Diritto civile*, IV, 275; Apel. Catania, 28 febrero 1883 (*Giur. cat.*, 1883, 103); Cas. Roma, 25 abril 1892 (*Foro*, 1892, 739).

(2) DURANTON, III, 372; MASSÉ y VERGÉ, § 370; TOULLIER, III, 417; DEMOLOMBE, VI, 512; GALDI, *Comm. Cod. civ.*, IV, § 56; Apel. Ancona, 14 julio 1891 (*Foro it.*, 1891, 933).

(3) Por ejemplo, que quedando el titular del derecho de arrendamiento obligado al abono de la merced, tendría el usufructuario todas las ventajas, y el otro todas las cargas. Como el gravamen representado por la merced pesa sobre los frutos (art. 506), es evidente que el titular posee medios de repetir contra el usufructuario. Yo no veo dificultad *a priori* en que un arrendamiento sea asignado en dote, constituyendo con los indicados efectos sobre el derecho de arriendo el usufructo marital. No puede afirmarse que desaparezca la inalienabilidad de la dote porque disfrutando de ella conforme a su destino no haya de quedar nada al disolverse el matrimonio. Asegurar la inalienabilidad de la dote no significa que se asegure una determinada permanencia en el patrimo-

Fúndanse en que son incompatibles la propiedad y el usufructo sobre un derecho temporal; y en que carece de existencia real, y es imposible, por tanto, de admitir una nuda propiedad reducida a la expectativa de futuras utilidades junto al usufructo que absorbe toda la renta. Afirmación que está contradicha por la existencia del usufructo de renta vitalicia (1) y por la ampliación del cuasiusufructo a aquellos casos en que necesariamente concluyen las utilidades del objeto del usufructo al cabo de un cierto tiempo; con todo lo cual resulta que no hay fundamento alguno para tal opinión ni en la ley ni en la tradicional disciplina de la institución.

276. Más delicado e interesante es señalar la relación entre propiedad y usufructo cuando se trata de los derechos de autor y de inventor. Ante el silencio de Códigos y leyes sobre el particular, la dificultad de aplicar en esta materia los principios generales surge de las consideraciones que acabamos de exponer y de la limitación temporal de estos derechos, así como de la repetición de las utilidades de ellos procedentes; y en parte surge también por la trabazón de intereses morales, que no pueden ser desatendidos, con los inte-

---

nio de la mujer, sino garantizar que no cabrá arbitrariamente sustraer los bienes de la dote a su destino propio, consistente en proporcionar rendimientos con que hacer frente a las necesidades familiares. Naturalmente, es posible que al constituír la dote se determinen de un modo distinto los derechos del marido; como en general ocurre con el título constitutivo del usufructo.

(1) LAURENT (VI, 379) cree que el alcance del usufructo sobre un arriendo debe fijarse prescindiendo de las reglas relativas a la renta vitalicia, por estimar que éstas son contrarias a los principios y considerar que no es procedente su aplicación analógica. La «diferencia radical» que encuentra entre el arriendo y la renta vitalicia es que en el primero la merced no altera la sustancia de la cosa, pues representa los frutos y no minora el valor del fundo; en tanto que las entregas periódicas de la segunda representan, además de los intereses, una parte de capital. Es difícil acumular errores con mayor desenvoltura. No se trata ahora de averiguar si el arriendo afecta o no a la sustancia de la cosa; lo que se trata de saber es si afecta a dicha sustancia el usufructo; y en el presente caso, la cosa usufructuada no es el fundo arrendado, sino el arrendamiento mismo, ya que sobre aquel no tiene poder alguno el usufructuario; y para afirmar que el arriendo permanece invariable, es menester considerarlo independientemente de su valor económico, pues si se atiende al capital que el arriendo en sí representa, no hay duda alguna de que sufre disminución al irse percibiendo los frutos. Por lo demás, el citado autor consiente luego en que se apliquen al arriendo las reglas de la renta vitalicia (n. 426).

reses patrimoniales que entran en juego al ejercitarse los mismos; intereses permanentes que no quedarían tutelados suficientemente si, por atender a los meramente transitorios del usufructuario, hubiera en principio de consentírsele a éste una preponderante ingerencia en el ejercicio de esos derechos, como ocurriría al pretender su posesión para alcanzar el goce limitado de la cosa usufructuada, y más aún en el caso de conversión del usufructo en propiedad (1).

---

(1) Por eso los pocos escritores que se han ocupado de la cuestión propenden a restringir el alcance del usufructo, asegurando al usufructuario una parte de las utilidades procedentes de aquellos derechos mediante una acción personal contra el propietario. BÜRKEL, por ejemplo, reduce el derecho del legatario de usufructo a una *actio incerti* (estructurada sobre el modelo de la ley 1, D. *de us. leg.*, XXXIII, 2) y deducible con respecto al heredero para que ejercite el derecho de propiedad intelectual y le vaya transmitiendo los rendimientos conseguidos o los créditos que de tal ejercicio se deriven, sobre los cuales se constituirá un cuasiusufructo. Éste es también el contenido normal del usufructo que recae sobre derechos de autor, a juicio de DERNBURG *(Preuss. Privatr.*, § 286, n. 5); y lo mismo de los derechos de propiedad intelectual que de los de propiedad industrial según HANAUSEK, § 25; pero uno y otro admiten que, «por expresa voluntad del constituyente», pueda tener mayor extensión; en tal sentido cree DERNBURG que el usufructuario puede percibir los ingresos de las ediciones hechas durante el usufructo, sin quedar obligado a restitución; y acepta HANAUSEK la posibilidad de que el usufructuario quede autorizado para ejercitar por sí mismo (como editor o como fabricante) los derechos de autor o inventor, haciendo suyas todas las utilidades, o bien cediendo el ejercicio de tales derechos a un tercero; cesión que, por lo demás, podría siempre el usufructuario exigir que fuera llevada a cabo por el heredero, a cuyo efecto tendría en su mano la correspondiente acción personal; y en tal caso vendría a constituirse un cuasiusufructo, que recaería sobre el importe de la mencionada cesión. Sienta una excepción cuando el título constitutivo consigne que los aludidos derechos de autor e inventor hayan de ejercitarse en forma que produzcan una renta periódica; y también cuando ésta sea la forma habitual establecida al efecto (recordando el tanto por ciento que a los autores de obras dramáticas o musicales suele abonarse en el estreno y primeras representaciones); en estas hipótesis reconoce a los ingresos el carácter de frutos civiles, que hace suyos el usufructuario. BERTAULD *(Revue critique*, 1863, 387) atribuye al usufructuario universal el cuasiusufructo sobre el capital de las ediciones hechas durante el usufructo, sin especificar quién haya de ejercitar el derecho de autor. POUILLET distingue según que se trate del usufructo de derechos de autor o de derechos de inventor; reconoce que el derecho de autor puede ser objeto de usufructo, pues a ello le lleva ineludiblemente el precepto de la ley francesa de 14 de julio de 1866 que atribuye a la viuda (a diferencia de lo que ocurría en el De-

A mi juicio, pueden coexistir la propiedad y el usufructo sobre los derechos que las leyes reconocen a autores e inventores. Desde el momento en que son publicadas, representadas o ejecutadas las obras literarias o artísticas (arts. 1.° y 2.° del texto ún.° de la ley de 19 de septiembre de 1882) (a), o se solicita la patente para invencio-

---

recho común anterior a la ley de 9 de marzo de 1891) un derecho de disfrute que tiene todos los caracteres del usufructo, y admite que el usufructuario haga suyo íntegramente el precio de las ediciones que publica o que autoriza a publicar, a condición de que la publicación se efectúe y cumpla durante el usufructo *(Propriété littér. et artist.*, n. 197). En cambio, el usufructuario de una patente, dada la escasa duración del privilegio o exclusiva que lleva consigo, no tiene derecho a su juicio, más que a una parte de los rendimientos obtenidos *(Tr. des brevets*, 200). También PICARD y OLIN *(Brevets d'invention*, 450) consienten en que el usufructuario saque provecho de la patente; pero quieren que en el beneficio obtenido se distinga entre la parte que corresponde al trabajo y al capital que ha empleado el usufructuario, y la parte que corresponde en realidad a la invención patentada, ya que de ésta goza el usufructuario como de un capital de que debe rendir cuentas al titular. En apoyo de este sistema puede citarse una disposición de la ley brasileña de 14 de octubre de 1882 *(Ann. de lég. étrang.*, XII, 1.068), pues según el art. 8.° de esta ley, el usufructuario debe restituír el equivalente de la propiedad de la patente, determinado con arreglo a la tasación que se realice al terminar el usufructo; y con sujeción al art. 17 del Reglamento, deberá determinarse pericialmente qué parte alícuota de los ingresos líquidos anuales toca a la nuda propiedad, y qué otra al usufructo, multiplicada por el número de años que el usufructo haya durado. ¡Singular caso de impotencia o de inconsciencia legislativa! De un lado, se incluye el principio especial de que la constitución del usufructo deja reservada al propietario de la patente una parte de las utilidades que ésta produzca durante el usufructo, separándose con esto del principio general que garantiza al usufructuario la totalidad de las utilidades que se obtienen mientras dura su derecho; y de otro lado, se renuncia a fijar el alcance de dicho principio especial, y a dar un criterio para la distribución; los peritos son llamados, no a aplicar la ley, sino a dictarla en cada caso, ya que a ellos les corresponde establecer la proporción de los respectivos derechos. ALLARD *(Propriété des brevets*, p. 91) autoriza al usufructuario para hacer suyas todas las utilidades que produzca la patente, a la manera como se apropia todas las entregas en caso de renta vitalicia.—Se inclina a esta solución práctica HERMANN, *Niesbr. u. Pfandr. an einem Patentr. n. d. bürgerl. Gb.* (Berlín, 1900), pues aplicando el concepto fijado por ENDEMANN para el usufructo de derechos *(Einf. in d. bürgerl. Gb.*, II, 1, § 105, *i. f.)* dice que el usufructo de una patente es una transmisión que del derecho de exclusiva se hace, pero limitada y sujeta al vínculo obligatorio existente entre el usufructuario y el constituyente.

(a) [Ley española sobre propiedad intelectual de 10 enero 1879.]

nes o perfeccionamientos industriales (arts. 1.°, 7.° y 9.°, del Decreto de 30 de octubre de 1859) (a), y a menos que por haber omitido el respectivo depósito de las obras publicadas dentro de los diez años no se haya renunciado a ello tácitamente (art. 28 de la ley de 1882) (b) o haya llegado la caducidad, motivada por no haberse puesto en práctica la invención o no haber satisfecho las correspondientes anualidades en los plazos al efecto marcados (art. 58 del Decreto de 1859) (c), el titular del derecho puede obtener el beneficio que produzca durante todo el tiempo de su exclusiva, bien haciendo reproducir o vendiendo la obra o planteando el invento por su cuenta, o cediendo el derecho para que otro lo explote. En su mismo derecho tiene un medio que le procura utilidad tantas veces cuantas obtenga prestaciones que le entreguen los que pidan disfrutar de la obra o del producto industrial; el mayor valor en cambio que se logra merced a que la exclusiva otorgada impide toda concurrencia, constituye el beneficio que es el efecto logrado por aquel derecho de exclusiva.

Ahora bien, aquí en el derecho expresado, no sólo sobrevive a la percepción de las utilidades singulares la aptitud para procurar otras posteriores, sino que ni aun puede decirse, como en la renta vitalicia, que esta aptitud disminuya a virtud de los cobros ya realizados, porque únicamente está limitado en punto a su duración, y aun es posible asimismo que el derecho se extinga sin procurar utilidad alguna, así como que, después de la primera, se intensifique su potencialidad y produzca nuevos y acaso mayores rendimientos. Más distantes estamos aún que en la renta vitalicia de encontrarnos ante un tipo de bienes de utilidad única; y para afirmar que la propiedad es inútil si se atribuye al usufructuario el ejercicio del derecho y la apropiación incondicionada de las utilidades producidas, habría que probar que al nudo propietario, al dueño sin renta actual, hay que asegurarle, no ya la posibilidad, sino la certidumbre de una renta futura, esto es, que hay que conservar para él la cosa en la misma aptitud productora de renta que tenía al comenzar el usufructo; siendo así que esta aptitud disminuye, igual que en los derechos limitados temporalmente, en las cosas que con el uso se deterioran; pues en las cosas de mayor duración, el transcurso del tiempo la aminora progresivamente y no está obligado el

(a) [Ley española sobre propiedad industrial, de 16 mayo 1902.]
(b) [Ley española del 79, art. 39.]
(c) [Ley española de 1902, art. 106.]

usufructuario a pechar con las expensas necesarias para recobrarla. De suerte que del concepto del usufructo se deduce rigurosamente el reconocimiento de la facultad del usufructuario de privar, incluso al mismo propietario de los derechos de autor y de inventor, de la reproducción de la obra o la práctica del invento que sea materia de aquel derecho, y dejarle el libre ejercicio de gozar de él mientras dura el usufructo.

No podrá disfrutar de manera que sus efectos hayan de prolongarse luego de cesar el usufructo; y, por tanto, es evidente que no podrá transmitir a otro el derecho que no le corresponde; pero si hubiese habido transmisión por parte del dueño antes de constituirse el usufructo, el objeto de éste no será el derecho de autor o de inventor, sino el eventual precio pagado por la cesión o el crédito que aún exista contra el cesionario. Tampoco tendrán eficacia aquellos contratos de transmisión temporal de la facultad de reproducir o de utilizar que pueda celebrar el usufructuario, o aquellos otros en que éste renuncie a la facultad de excluír contenida en su derecho; aplícanse a esto por analogía las disposiciones relativas al arrendamiento de bienes inmuebles, al cesar el usufructo. Quien, por ejemplo, haya pactado con el usufructuario, y obtenido autorización para representar una obra teatral, o permiso para fabricar un producto industrial, corre el riesgo de que su derecho quede resuelto al cesar el usufructo, y se expone a que el propietario le prohiba entonces representar o fabricar. Y aun podrá acontecer, aplicando los límites cuantitativos de goce del usufructuario, y considerando el nexo entre la duración del usufructo y la producción de la renta, que de aquello que haya percibido o haya estado en condiciones de percibir publicando una obra o fabricando un producto que no haya podido expenderse durante el usufructo, tenga que rendir cuentas al dueño.

No se puede ir más allá dentro de los principios generales; la capitalización usual en las economías privadas de los derechos de autor o de inventor carece de influjo en la regulación de la relación jurídica; esto es, que si el titular valora la utilidad que obtiene reputando una parte fruto del capital y otra como porción del mismo capital para conservar íntegra la fuente de renta, siempre dependerá de su voluntad, mientras el derecho permanezca sujeto a su dominio, destinar a la conservación o reproducción de utilidades aquella parte de la renta; y esta facultad se transmite al usufructuario cuando su derecho se ha separado del de propiedad. La ley no asegura la subsistencia de la renta, contra la voluntad del usufructua-

rio, porque aquélla lo que hace es señalar a estos derechos un límite temporal.

Por otra parte, es obvio que en el título constitutivo del usufructo, pueden modificarse sustancialmente, y aun alterarse en su caso, las relaciones expuestas; la potestad de sustraer por completo del usufructo constituído sobre un patrimonio los derechos de exclusiva, la de convertir respecto a ellos el usufructo en una participación en la renta reclamable mediante una acción personal, o dejándolos a disposición del usufructuario, ordenar que capitalice la renta para restituirla, y se aproveche sólo de los frutos, son medios suficientes para proteger los intereses del dueño, al menos en todos los casos de constitución voluntaria del usufructo, y el propósito de hacer uso de ellos puede resultar incluso implícitamente del título constitutivo. Cuando no se manifieste una voluntad contraria, se dan las relaciones expuestas. Pero si la patente industrial forma parte de una casa mercantil, hay que apelar a otras reglas; adquiere entonces importancia jurídica la valoración de la patente hecha por el titular del establecimiento, porque comprende una *lex suae rei dicta*, un destino dado a la cosa. Y a causa de la obligación en que está el usufructuario de conservar la individualidad económica de la tienda como se hallaba en manos del titular, se deriva el deber de capitalizar los rendimientos de la patente y de detraer una cuota de amortización, que al extinguirse el usufructo asegure la posibilidad de restituír un negocio en que se conserven o estén reemplazados todos los elementos que integraban el que recibió el usufructuario.

Por el contrario, cuando realmente son incompatibles propiedad y usufructo, esto es, la atribución del goce y la de la potestad de disponer a favor de personas distintas, es en la fase anterior a la publicación de la obra o a la solicitud de la patente. La facultad de publicar el libro o de solicitar la patente, no es un elemento patrimonial, aun cuando esté permitida a los herederos como continuadores de la personalidad del autor o del inventor, y pueda llegar a ser un elemento del patrimonio el derecho que haya de constituirse mediante su ejercicio (1). Por eso no puede admitirse que de ello participe el usufructuario, a cuya potestad están sometidas únicamente las cosas y los derechos que integran el patrimonio. Una vez desaparecido el autor, corresponde a sus herederos la tutela del interés que pueda existir en que no se publique una obra o una in-

(1) V. POUILLET, *Prop. litt.*, 178, *Brevets*, 95 bis.

vención prematura o repudiada, o que pudiera perjudicar, a su juicio, la fama o la memoria del autor; el usufructuario no puede pedir, contra esto, que se le defienda y ampare para obtener un beneficio económico; pero a causa de la indivisibilidad de la facultad de publicar, hay que reconocer investidos de ella a todos los herederos y con independencia unos de otros.

Y como para mantener íntegra esa facultad de los herederos importa que no se les prive de los elementos patrimoniales que sirven de medio para ejercitarla, a saber, manuscritos de la obra, memorias descriptivas, dibujos y modelos de la invención, elementos sobre los cuales puede el usufructuario extender su derecho a poseer y gozar, parece inevitable en este caso que *se convierta el usufructo en un derecho de obligación contra el titular*, cuyo objeto sea una prestación adecuada para compensarle, no de los beneficios de que se ve privado por la falta de publicación, abandono del invento o entrada en el dominio público, sino sólo de los beneficios que hubiera podido obtener de aquellos elementos accesorios. Si los herederos, después, ejercitan su derecho personal y dan vida al privilegio de exclusiva, debe aplicarse sin dificultad a la nueva relación el usufructo y hacer partícipe al titular de éste de los beneficios que produzca el privilegio, pues aunque concedido a los herederos y para los herederos, es un factor que existía en potencia en la sucesión, y, por consiguiente, estaba comprendido en el objeto del usufructo constituído sobre el patrimonio o parte alícuota de él.

Téngase en cuenta, sin embargo, que el privilegio queda separado de la individualidad moral y económica de su titular, aun sin que se cumplan las formalidades a que está subordinada la protección de aquél. Si el autor o el inventor hubieron de manifestar de un modo indudable su propósito de publicar la obra, de llevar a la práctica la invención y de patentarla, no tiene él ya derecho, ni lo tienen tampoco sus herederos, para dejar de publicar o de pedir la patente, si ha surgido respecto a ellos el derecho del usufructuario; y la defensa de los intereses de éste hay que asegurarla con independencia del derecho del titular y del de sus sucesores; pudiendo ejercitarse, tanto en interés de él como en el de ellos, la invención, o pidiendo la patente, o publicando la obra. Esta manifestación de voluntad está incluída necesariamente en los actos de disposición que realice el titular de la obra o del invento: en la misma posible constitución de un usufructo que tuviese como objeto específico ese derecho de exclusiva.

Puede suceder que la usurpación de un tercero sin título (inclu-

so la publicación o la petición de patente en nombre propio), destruya la alternativa reservada al titular; entonces, tratándose de una invención, la reivindicación de la patente procura de un modo indirecto al inventor y a sus herederos los beneficios de la exclusiva, luego que ha sido puesto en práctica el invento por otro. Aquí también debe reconocer la compatibilidad del usufructo con la propiedad, en razón de que ha desaparecido la facultad de publicar o no publicar, de pedir o no pedir la patente, porque, sin el consentimiento o aun contra la voluntad del autor o del inventor, ha nacido un derecho perfecto de exclusiva, y, consiguientemente, el usufructuario podrá con toda independencia reivindicar por sí la posesión y ejercitarla en cuanto a su goce temporal, en tanto que los propietarios, que son libres para no reivindicar o para abandonar a la libre concurrencia la reproducción de la obra o la práctica del invento, no pueden con ello perjudicar los derechos del usufructuario.

También tenemos que examinar aquí otro conflicto de intereses.

El tráfico o la clientela, aun cuando no formen parte de un negocio o establecimiento, sino que se relacionen exclusivamente con una actividad profesional, son susceptibles de tutela jurídica cuando se puede asegurar la disponibilidad de los medios que han determinado su formación, esto es, de unos medios distintos de la aptitud personal del profesional. Ciertamente que estas aptitudes tienen en la adquisición y especialmente en la conservación de la clientela una parte preponderante, muy otra que la correspondiente a las aptitudes del director de una empresa industrial o mercantil, y es muy fácil que la clientela se desvíe o desaparezca variando este factor; en tanto que la conservación de ella, cuando se trata de una tienda, es hasta cierto punto independiente de la persistencia de aquella forma de actividad personal que contribuyó a formarla, pues en muchos casos corresponde a factores diversos. De todos modos, la afluencia de clientela al bufete de un abogado o a la consulta de un médico o cirujano, en cierto modo obedece siempre a las leyes de la inercia; obedece al impulso dado por un esfuerzo anterior, y cabe que sobreviva, no sólo a la extinción de este esfuerzo, sino incluso a la desaparición de la persona que lo había ejercitado. La continuidad de los servicios en el mismo local, la cooperación de las personas que ayudaban ya al profesional que había conquistado la clientela y que estaban formadas bajo su dirección, el auxilio que presta el instrumental especial del cirujano, el archivo del abogado, que conserva los documentos relativos a los servicios ya prestados y que pueden servir de instrumento para reproducirlos, son otras

tantas circunstancias que contribuyen a aquella supervivencia; no obstante, la condición fundamental está en el uso del nombre del profesional. Ahora bien; el profesional, aunque no pueda facultar a otro para usar como propio su nombre, porque éste no se transmite a voluntad del que lo posee, puede, sí, renunciar en favor de otro al uso exclusivo que distingue su personalidad, es decir, que puede consentir que para asociar su actividad profesional a la de otro, éste emplee su nombre unido al propio, llamándose sucesor suyo o titulando el bufete o la consulta con su nombre. Y los herederos del profesional, que en su patrimonio tienen algunos de los elementos determinantes de la continuidad de la clientela, también pueden disponer del nombre en torno al cual se asocian aquellos elementos, bien continuando ellos mismos y como sucesores la profesión, bien cediendo el uso del nombre a otros que quieran continuar su ejercicio.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con la casa mercantil, en la cual se objetiva la personalidad y se exterioriza el significado del nombre, aplicándolo a un conjunto de medios de utilidad harto distintos del sujeto que lo lleva, el nombre empleado para el ejercicio de una profesión no tiene carácter patrimonial, y su uso, o la cesión del uso por los herederos, son lícitos y eficaces jurídicamente sólo porque los herederos llamados a recibir la universalidad del patrimonio que se liga a la persona, aparecen como continuadores de la personalidad y llamados a defender los intereses morales relativos a ésta, que sobreviven a la desaparición de la persona física. Por eso el derecho a usar el nombre es un derecho exclusivo de los herederos y queda entregado a su pleno arbitrio; y es *de todos los herederos;* de suerte que no pueden prohibirlo unos a otros; pero *únicamente de los herederos;* ni los acreedores, ni el usufructuario, si están conformes los herederos en dejar el negocio, pueden oponerse a ello con el fin de asegurarse una participación en las utilidades patrimoniales que produjera.

Si los herederos quieren continuar el tráfico o negocio, nos hallamos ante la reconstitución de un elemento del mismo patrimonio hereditario, como en el caso del manuscrito o de la invención publicada por ellos. Si surge discordia entre ellos porque alguno quiera retenerlo para sí frente a otros que aspiren a lo mismo, la cuestión se resuelve por iguales reglas que la partición hereditaria, o sea por adjudicación mediante una compensación, o con la cesión oportuna y el reparto de su importe. Los derechos de los acreedores y los del usufructuario recaen entonces sobre el precio de la cesión,

que es considerado como un capital (aun en el caso muy frecuente de que revista la forma de entregas periódicas durante un cierto número de años) cuyo goce corresponde al usufructuario, viniendo en definitiva a constituirse con dicho disfrute un cuasiusufructo (1).

Por último, en el caso en que el ejercicio de la profesión lo continúen directamente uno o más herederos bajo el nombre de su causante, los acreedores no hallan una cosa o un bien distinto que puedan considerar comprendido en el patrimonio hereditario y que puedan aprehender; porque no pueden dirigirse ni embargar los beneficios profesionales, ya que éstos están producidos, entre otras causas concurrentes, por la actividad de los herederos mismos, y sólo pueden embargar aquellos bienes que constituyan elementos accesorios de la producción del ejercicio profesional. A su vez, el usufructuario no puede luchar con los herederos y pretender continuar él mismo el ejercicio profesional y adueñarse del negocio para atraer a sí la clientela, aunque se obligue a restituír el equivalente de lo que los herederos obtendrían a cambio de la cesión; porque si pueden a su voluntad los herederos abandonar o continuar el negocio bajo el nombre del causante, con más motivo y para tutelar los intereses morales relacionados con ello, deben quedar libres de continuarlo ellos mismos sin que restrinja esta facultad ningún derecho antagónico del usufructuario (2). Pero porque los herederos elijan el ejercicio directo, no debe privársele de la utilidad que podría obtener con la cesión del uso, y en sustitución del adueñamiento del equivalente (con la obligación consiguiente de restituír),

(1) De los principios generales puede deducirse con toda seguridad que no se establece un verdadero usufructo sobre el precio o importe de la cesión, ni hay, en su virtud, apropiación de las diferentes anualidades por parte del usufructuario. Aun cuando el valor de lo cedido estuviera destinado a disminuír en vez de aumentar (cosa que no ocurre, según se verá en la nota siguiente, ya que perdura siempre la aptitud del objeto para dar utilidades con el concurso de la futura actividad profesional), es evidente que cuando la cosa queda sustituída por su importe, la relación entre usufructuario y propietario se determina con arreglo a la naturaleza de dicho equivalente.

(2) Desde luego, no es posible consentir la actuación del usufructuario hasta el término del usufructo. Existe aquí, agudizada, una incompatibilidad entre propiedad y usufructo, porque a diferencia de lo que sucede con el usufructo de un establecimiento mercantil, en que la conservación y aumento de la clientela redundan en provecho del negocio mismo que el usufructuario ha de restituír, en el caso presente el usufructuario no podría dejar de ligar la clientela a su propia personalidad, y al terminar el usufructo nada podría devolver.

se le debe reconocer un derecho personal a exigir de los herederos un valor semejante al producido por el disfrute.

De las conclusiones a que hemos llegado para este caso especial, que no deja de ofrecer interés, puede deducirse la enunciación de un principio general: que cuando sea incompatible la coexistencia del usufructo con la propiedad de un haz de bienes, cuyo disfrute está reservado al dueño o al heredero; cuando, en otros términos, debido a la índole del objeto, que no permite desglosar de la propiedad un derecho de usufructo, no sea posible la transmisión de éste a una persona distinta de los herederos (o a lo menos sin la voluntad de ellos), el usufructo no es ineficaz; pero se resuelve en la atribución de un derecho de crédito al usufructuario, y éste puede exigir del dueño, o de sus herederos, una prestación equivalente a la utilidad que durante el usufructo hayan de obtener de aquella parte del caudal hereditario. Sólo en estas condiciones, cuando no sea posible conciliar usufructo y propiedad, es cuando únicamente cabe despojarle de su carácter de derecho real, porque así y no de otra manera puede realizarse el propósito económico que presidió a su constitución; y hay que reconocer que a virtud de este propósito se constituye un nuevo vínculo obligacional a favor del usufructuario, en tanto que, respecto a los acreedores de la herencia la inalienabilidad de esa porción patrimonial no supone más que la disminución de una garantía, no modifica el núcleo económico de la relación ya preexistente, y, por tanto, para conservarlo íntegro, no exige una sustitución.

§ 2. La conservación de la sustancia.

Sumario: 277. Relatividad del concepto de sustancia.—278. La conservación de la sustancia como límite del disfrute.—279. Conservación de bienes muebles.—280. De edificios y predios rústicos.—281. De montes.—Montes que no dan una renta en madera.—Montes y árboles fructíferos.—282. Montes de aprovechamientos de madera.—Porte o copa.—283. Continuación.—Crítica de la ley vigente.—284. Montes tallares.—Más observaciones sobre montes y sobre los árboles aislados o que forman grupo.—285. La sustancia en materia de minas. 286. La sustancia en los rebaños.—287. Penalidad por incumplimiento de la obligación de conservar la sustancia: resarcimiento de los daños causados por la alteración de ésta.—288. Otras sanciones: restricción del derecho a ser indemnizado de las expensas útiles.—289. Continuación.—Las mejoras hechas por el usufructuario y la accesión a la propiedad.—290. Examen de la doctrina

y de la jurisprudencia.—291. Usufructo sobre derechos de obligación.—Precauciones contra la alteración de la sustancia.—El usufructuario en su relación con el deudor en punto al pago de intereses y de anualidades.—292. Comunidad de usufructuario y propietario en un derecho de obligación.—Principios generales sobre la comunidad y la división de derechos de obligación.—293. El usufructuario y el deudor al pagarse el capital.—Conversión en propiedad después del cumplimiento de la obligación.—294. Posesión conforme y posesión disconforme con el derecho del usufructuario de un crédito.—Conservación de la garantía hipotecaria.—295. Acciones que corresponden al usufructuario para obtener del deudor el usufructo de la cosa debida.—296. La llamada *individuitas petitione* en la acción para retraer, rescindir y anular.—297. Derechos del usufructuario sobre las acciones de retracto, rescisión y nulidad.—298. Obligación de entregar la cosa sobre la que ha sido constituído el usufructo.—Obligaciones de hacer y de no hacer.—299. Usufructo de títulos de crédito.—300. Usufructo de derechos de autor y de inventor.—301. Usufructo de un establecimiento mercantil.

277. Así como cuando la cosa está llamada a desaparecer con el primer acto de disfrute o a ser enajenada se produce la conversión del usufructo en propiedad, de igual suerte cuando se fija que la cosa será disfrutada de una cierta manera, ello determina el límite de facultades que se atribuyen al usufructuario, si su derecho es compatible con la persistencia de la propiedad en manos de otro. La obligación de conservar la sustancia de la cosa implica el sometimiento a la prohibición de alterar el destino específico que aquélla tiene en la economía del propietario.

Éste necesita resignarse a soportar las modificaciones que ocasiona el usufructo al derecho de propiedad en la estructura y estado de la cosa, y las modificaciones que se deriven del goce del usufructuario, y no sólo no puede pretender que se conserve y le sea devuelta con el mismo valor que tenía al comenzar el usufructo, sino que no puede culpar al usufructuario de aquellas variaciones que por exigencias naturales o por actos de factores extraños a él sufra la cosa en su composición material, en su aspecto o en sus aptitudes productivas, ni es lícito tampoco que se queje si, por efecto del uso que hace el usufructuario o por las utilidades que ha obtenido de ella, varía y se altera en forma distinta a lo que hubiese ocurrido si el mismo dueño la hubiera disfrutado durante igual tiempo. Por otra parte, obligar al usufructuario a conservar la sustancia de la cosa, no significa únicamente imponerle que sus actos no hagan de ella una cosa jurídicamente distinta de lo que era al principiar el usufructo, es decir, que no quede sujeta al mismo derecho de propie-

dad a que lo estaba la cosa originaria. No puede permitirse una transformación que, creando una cosa de nueva especie, o que así pueda ser considerada según las ideas corrientes y los usos comerciales, origine la adquisición de una nueva propiedad (1), por ser ello contrario a las condiciones de existencia del usufructo, o sea a la posibilidad de que persista la propiedad de otro sobre la cosa usufructuada; el usufructuario no puede gozar de la cosa sustrayéndola a aquella relación de potestad en que estaba colocada, ni siquiera para constituír a favor de la misma persona del propietario una relación de potestad, nueva y distinta de la anterior; como no puede sustituír con otra de la misma especie la cosa usufructuada, haciendo perder y adquirir, respectivamente, la propiedad de una y otra al propietario.

Lo que constituye para el propietario la sustancia de la cosa, esto es, lo que para él representa un elemento constante que persiste o puede persistir bajo *(sub-stantia)* todas las variaciones que pueda sufrir a virtud de fuerzas internas o externas, es mucho más complicado de lo que forma su *individualidad jurídica;* y a diferencia de lo que ocurre con ésta, no puede señalarse sino atendiendo a la función que se le ha asignado entre aquellas que comprende su aptitud natural. De ello se deriva inmediatamente que el usufructuario no está facultado para fundir medallas a fin de obtener un collar, pues aparte de que el precio muy superior del trabajo pudiera exponer al dueño a la eventualidad de no tener medio de adquirir el collar, siempre resultaría que, para adquirirlo, había perdido en definitiva la propiedad de las medallas. Transformando un vergel en un parque, una iglesia en un teatro, el usufructuario

(1) La idea de los jurisconsultos romanos era que en la cosa nueva se daba una propiedad nueva, fuera ésta atribuída al dueño de la cosa primitiva o a otra persona; v. FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, nn. 31 y sigs. en el *Boll. dell' Ist. di Dir. Rom.*, t. II, pág. 182; y como una propiedad nueva la considera nuestro Código, aunque se quiera fundar su adquisición en el derecho de accesión del propietario de la cosa primitiva: v. art. 468 (a). Se trata ciertamente de un concepto económico y social, no jurídico (WINDSCHEID, § 187, n. 4 a), cuando se habla de novedad de la cosa, y con él se relaciona tanto la pérdida como la adquisición por especificación; pero invirtiendo el proceso inductivo, debe atribuirse el carácter de individualidad jurídica al conjunto de aquellas condiciones que, al no alterarse, hacen imposible semejante pérdida o adquisición.

(a) [Art. 383 del Cód. esp.]

no crea cosas distintas jurídicamente, porque continúan inmutablemente ligados al suelo y objeto de la misma propiedad tanto el parque como el teatro, de igual suerte que lo eran el vergel o la iglesia; pero ha cambiado la *individualidad económica* de la cosa, y en su función de bienes aparecen distintas, porque satisfacen de otro modo que antes necesidades diversas. Y como quiera que las cosas son bienes a virtud de su función genérica de procurar utilidad, distinguiéndose unas de otras por la función específica de darla en esta o aquella forma, esta función es la que determina su sustancia. Pueden las cosas tener aptitudes para procurar múltiples especies de utilidad, y pueden variar sus aptitudes conservando su individualidad jurídica; y puesto que reside en la voluntad del que dispone de la suma de relaciones el elegir la función que ha de desempeñar la cosa, la sustancia de ésta reside en el destino que a ella le dé su dueño.

Puede ocurrir que este destino aparezca inmediatamente de aquellas condiciones en que se encuentra la cosa al comenzar el usufructo; pero puede ocurrir también que estas condiciones de hecho de la cosa sólo respondan de un modo parcial, porque esté predeterminado el destino de ellas dentro de ciertos límites variables, y entonces habrá que acudir a lo realizado anteriormente por el propietario si se quiere determinar lo que para él constituye la sustancia, y hacer que con ello se correspondan las limitaciones impuestas al usufructuario en punto a sus facultades para modificar la cosa. No quiere decir esto, sin embargo, que sea característica posible del destino económico de la cosa la función de procurar una utilidad *cuantitativa* y no *cualitativamente determinada,* pues la consecuencia sería que en este caso resultasen consentidas al usufructuario todas las alteraciones posibles con tal que no disminuyeran en daño del propietario la cantidad de utilidad que puede obtenerse de la cosa.

Con este criterio ha querido alguien (1) explicar un notable párrafo del Digesto (2), donde, en oposición con limitaciones al disfrute del usufructuario que para nuestro sentido jurídico son abusivas y aparecen expuestas en otras decisiones, se le consiente el derecho de explotar minas en el fundo usufructuado, y, si es preciso para ello, talar viñedos y olivares, siempre que la renta no disminuya. Pero de este párrafo no puede deducirse legítimamente sino

(1) HOFMANN, *L. der Servituten,* § 118.
(2) ULP., 13, § 5, D. *de us.,* VII, 1.

que semejantes variaciones del modo de disfrute se consienten únicamente en una parte del fundo, y sin que sufra alteración la economía total del mismo, porque el pasaje señala y repite como condición esencial que la mina no ocupe ninguna parte del fundo necesaria para continuar el cultivo; y en el Derecho vigente los límites del disfrute del usufructuario a este respecto son más restringidos, estándole prohibido expresamente el abandono ni siquiera parcial del cultivo agrícola.

Tampoco puede permitirse que quede exclusivamente al arbitrio del propietario ampliar el contenido de la sustancia, ni que, en el cumplimiento de la función que a ésta se asigne atribuya él una importancia específica a la persistencia de todas las condiciones que reuniera la cosa al comenzar el usufructo. Para apreciar la relación que pueda mediar entre aquellas condiciones y la función que voluntariamente elija y le asigne el constituyente, habrá de decidir el arbitrio judicial, inspirándose en las ideas corrientes y en los usos sociales, no en criterios subjetivos del propietario.

Concebido así el concepto de sustancia (1), tenemos un criterio que aun cuando no sea susceptible de aplicarse cuasi automáticamente a los variadísimos casos de conflicto entre los intereses de la propiedad y los del usufructo, puede sustituír ventajosamente a los múltiples criterios propuestos para señalar los límites de goce del usufructuario (2); y, por tanto, es inútil agregar que el usufructuario no puede gozar de la cosa de un modo contrario a como disfrutaba de ella el propietario, o que puede disfrutar de un modo distinto, o que puede modificarla, pero no transformarla (3). Porque permaneciendo fija la finalidad a que está dirigida la actividad que emplea la cosa como medio, el usufructuario está en libertad de elegir el camino que a tal fin conduzca y en libertad de alterar las condiciones de la misma, siempre que conserve la aptitud necesaria para servir de medio con que alcanzarlo. En cambio, el criterio del disfrute como un buen padre de familia, o *boni viri arbitratu*, en el que se ha creído encontrar un excelente medio para resolver las dificultades prácticas que no ha podido vencer fórmula alguna legis-

(1) A él responde la fórmula adoptada por el § 1.036 del Código alemán: el usufructuario debe mantener el destino económico anteriormente dado a la cosa.

(2) V. KEIL, *Dispositionsrecht d. Us. üb. d. Substanz d. Sache*, en el *Arch. f. civ. Pr.*, XXXV, 358; ELVERS, *Röm. Servitutenl.*, pág. 460, n. 474.

(3) WINDSCHEID, § 209.

lativa (1), queda reducido a un criterio secundario y complementario, porque la conducta que sigue un buen padre de familia, la sugiere la voluntad encaminada a que no sufran lesión o agravio los derechos ajenos, del propietario, del usufructuario, del usuario, del enfiteuta; esta determinación del campo de lo lícito constituye el postulado indispensable para el juicio sobre la actividad desplegada dentro de esta órbita (2).

Cabe la duda de que no fuese tal el significado con que se expresó la palabra *substantia* en la definición romana del usufructo (3). Pero en todo caso, solamente puede inducirse de ello la idea de que, como ocurría con frecuencia en las fuentes, fuese aquella una indicación de su contenido, más bien que una definición lógica comprensiva de todas las notas características de la institución; y que el complemento de esa indicación debe buscarse en las respuestas y decisiones singulares, una de ellas, y muy importante, el pasa-

---

(1) SINTENIS, § 59, n. 22.

(2) Admitiendo el disfrute «como un buen padre de familia» en cuanto criterio independiente, se llegaría en no pocos casos a resultados contrarios a los que implica la obligación de respetar el destino económico del objeto; en una administración prudente el cambio de destino sustancial viene aconsejado, a veces, y aun a veces impuesto, por las circunstancias. Así lo reconoce LAURENT, VI, 525; v. también 482-484; y guiado como siempre por un buen sentido superficial, que le lleva a reaccionar contra las «sutilezas romanas», acaba por desembarazar al usufructuario, cual si se tratara de un estorbo inútil, de la primera y más fundamental de sus obligaciones, imponiéndole como condición de su disfrute la de que no deteriore la cosa. Veremos que la lógica jurídica no se opone al buen sentido, y que estando justificada la obligación de no alterar la sustancia, la sanción de este deber, si se interpreta rectamente, no lleva a las consecuencias absurdas que teme LAURENT. Subordinada, en cambio, al mantenimiento de la sustancia, la obligación de gozar como un buen padre de familia se resuelve en la obligación de custodia, esencial para determinar las relaciones entre usufructuario y propietario, y que será objeto de estudio especial en el capítulo V de este Libro.

(3) Sobre todo, en cuanto que, si no PAULO (autor de la definición), TRIBONIANO establece relación, a manera de consecuencia lógica, con una proposición enunciada por CELSO para fin muy distinto: *Est enim ususfructus jus in corpore quo sublato et ipsum tolli necesse est* (v. pr. I, *de us.*, II, 4). El que la *substantia* deba permanecer incólume porque el usufructo es un *jus in corpore*, parece implicar una coincidencia de la sustancia con la individualidad jurídica de la cosa, o expresar que el derecho dura cuanto dura la cosa, o, según alguno pretende, excluír del usufructo aquellas cosas que se destruyen con el uso; cfr. GLÜCK, IX, § 631.

je de ULPIANO que descubre un abuso del usufructuario en el hecho de no usar de la cosa *secundum condicionem* (1). Frente a la afirmación, harto genérica, *fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest* (2), está expresamente reconocido que el usufructuario no tiene responsabilidad alguna (3) por el deterioro consiguiente al uso *secundum condicionem*, aunque fuera un deterioro evitable o hubiese sido menor usando de la cosa *contra condicionem*. De suerte que para determinar el concepto de sustancia en relación con el destino de la cosa, y por lo tanto y en último análisis, con la voluntad del dueño (4), no estorba la cláusula agregada a la definición clásica del usufructo: «conservación de la sustancia tanto en la materia como en la forma» que apareció por primera vez en las Leyes Civiles de 1819 y de ahí, a través del Cód. Albertino, ha pasado al nuestro (a). Esta cláusula se explica si recordamos la antítesis corriente entre *materia* y *forma* en la ontología escolástica: la materia, sustancia potencial apta para recibir forma, y principio de la unidad y de la diferenciación entre individuos de la misma especie; y la forma, realidad mediante la cual deviene la materia sustancia actual y principio de la unidad y de la diferenciación entre las especies. Y en manera alguna resulta de ello (5) que la sustancia resida en la materia y

(1) L. 15, § 1 *de us.*, VII, 1: *Mancipiorum quoque usus fructus legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti: nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate*. Permaneciendo, indudablemente, la misma la individualidad jurídica de los esclavos, al hacerse uso de ellos *contra condicionem*, surge la posibilidad de que resulten inadecuados para la función a que se les destinaba. En cambio, cuando no había adscripción a un oficio en particular *(si testator quasi ministerio vacuo utebatur)*, nada impide que el usufructuario emplee aquellas aptitudes especiales cuyo desarrollo se debe a él: ULP., 25, § 2, *eod.*

(2) ULP., 13, § 4, *eod.*

(3) ULP., 9, § 3 D. *usufr. quem.*, VII, 9.

(4) En armonía con el proceder de la doctrina dominante en materia de error sustancial, puesto que lo que el uso social o el comercio consideran *sustancial* en el objeto del contrato, sirve únicamente de medio para inducir, salvo prueba en contrario, lo que las partes hubieron de reputar esencial: GABBA, *Contrib. alla dottrina dell'errore (Giur. it.*, 1900, 677).

(a) [El Cód. esp., inspirándose probablemente en el italiano, habla en su artículo 467 de conservar la *forma* y *substancia*.]

(5) Como darían a entender ciertas observaciones de los redactores del Có-

juntamente en el aspecto exterior de las cosas; el precepto no especifica; por lo que cabe determinar según la tradición histórica y la naturaleza de la institución, cómo hay que distinguir y reagrupar las cosas en las relaciones entre usufructuario y propietario, y, por consiguiente, en qué reside la forma o la característica de la especie en que están reunidas (1). Según el criterio señalado, los cambios del aspecto exterior pueden no afectar a la forma sustancial cuando permanezca invariable el destino económico de la cosa; a la manera como la sustitución parcial de la materia, que en la misma especie distingue un individuo económico de otro, no implica, aunque se haga con materia homogénea (2), cambio de su individualidad (3).

Por lo demás, si el destino económico es el que determina la sustancia de las cosas corporales y de las universalidades de cosas, y especialmente en éstas suministra un criterio adecuado para resolver cómo ha de gozar el usufructuario, tratándose de un usufructo sobre derechos no puede hablarse de destino económico, porque,

---

digo Albertino (v. los *Motivi dei cod. p. gli Stati Sardi*, I, 484), que, menos impregnados de cultura filosófica que los autores de las Leyes Civiles, no penetraron el alcance de la dicción que reproducían («hubiera sido absurdo que el usufructuario de una casa pudiese a capricho modificar la distribución de los aposentos que la componen, o que el usufructuario de una instalación valiosa pudiera asimismo transformarla en otra de carácter muy distinto»).

(1) A las ideas expuestas responde la interpretación que BORSARI y RICCI dan a la definición del art. 477. El primero (§ 928) escribe: «la sustancia implica la forma, porque la forma es el modo de ser de las cosas en virtud del cual prestan aquellos servicios y aquellas utilidades a que están destinadas y les convienen». El segundo (t. II, n. 123) dice: «el servicio que presta un edificio, esto es, el poder ser habitado, constituye su forma... La forma no es otra cosa que el destino dado a los bienes por el padre de familia». Según HOFMANN (*L. d. Servituten*, § 39), el usufructuario debe mantener la cosa para aquello que constituye su destino; no puede usarla en forma que la destruya, aunque una parte de su destino no pueda obtenerse sino con la destrucción, ni puede cambiar con el uso dicho destino, en el cual radica propiamente la sustancia. Pero admite que además del destino general que a la cosa imprime su naturaleza o su constitución artificial, haya de tenerse en cuenta aquel destino particular que le diera la voluntad del propietario. Cfr. también LAURENT, VI, 328; MARCADÉ, ad art. 578, III; ZACHARIAE, § 228, n. 1.

(2) Sobre la homogeneidad de la materia, FERRINI, *loc. cit.*

(3) Cfr. el pasaje de ALF., 76 D. *De judic.*, V, 1: *itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimári.*

como sabemos, aquéllos se resuelven en la relación que el Derecho objetivo establece y sanciona entre un determinado sujeto y ciertos bienes corporales o servicios: la sustancia de ellos reside en esta misma relación, sin que la función que haya asignado el propietario al instrumento de utilidad que quepa procurarse con el auxilio de tal derecho pueda influír en las relaciones entre propietario y usufructuario. Y se altera la sustancia, bien cuando disminuye la garantía jurídica, bien cuando ésta se desplaza sirviendo para conseguir una prestación distinta.

La individualidad de los derechos, que está sustraída a los cambios arbitrarios del usufructuario, será aquella que el Derecho objetivo que los regula reconozca sobre la base del título constitutivo; y únicamente recobra importancia discrecional el destino económico cuando los derechos no se tomen en consideración, en cuanto objeto de usufructo, en su individualidad, sino que constituyan elementos de una universalidad y asuman valor distinto para el propietario según la función que desempeñen en ella.

278. Tampoco constituye una condición objetiva la conservación de la sustancia, pues se ha convertido en condición subjetiva del derecho de disfrute; cambio que se refleja en la definición, donde, en vez de contraponer al *jus utendi fruendi* el ablativo absoluto *salva rerum substantia,* se le impone al usufructuario la *obligación* (la *charge* en el Cód. Nap.) *de conservar.* Perdura su derecho aun cuando sufra alteración la sustancia, y únicamente queda extinguido con el aniquilamiento *total* de la cosa, cuando de ella no reste parte alguna que pueda utilizarse, aunque sea de un modo distinto; ocurre en este caso lo que con la pérdida total del edificio usufructuado, en que este derecho se traslada al solar y a los materiales que lo componían, y con más razón aún si la transformación de la cosa se debe a accidente natural o acto de un tercero, porque entonces el usufructuario puede ejercitar su derecho a disfrutar de la cosa o de lo que quede de ella, según el nuevo destino que se haya dado a la misma. Ni aun las variaciones que en el destino de ella cause por su propia voluntad pueden extinguir el derecho de usufructo; y la autoridad judicial será la que intervenga y decida si semejantes variaciones son abusivas, y en su caso, y a propuesta del dueño, podrá decretar la extinción del usufructo (a), que es la san-

(a) [En Derecho español, ni aun con la intervención judicial se extingue el usufructo por mal uso de las cosas usufructuadas. V. el art. 520.]

ción mayor que cabe imponer; el propietario, sin embargo, puede recurrir a la citada autoridad para prevenir modificaciones de la cosa, alegar las obras nuevas que haya emprendido el usufructuario, solicitar el secuestro de la cosa usufructuada o demandar la demolición de aquéllas o la reparación de los bienes.

Ya hemos expuesto, además, que la obligación de conservar se impone al usufructuario únicamente como condición del derecho de disfrute y límite del mismo. Al usufructuario se le obliga a abstenerse de aquellos actos de disfrute que perjudiquen lo que se ha considerado como sustancia de la cosa, y a más de este deber negativo, se le impone el positivo de realizar las obras y levantar las cargas necesarias para posibilitar un disfrute compatible con la conservación de la sustancia; pero no el de prestar el trabajo e imponerse los sacrificios encaminados a que se conserve la cosa en las mismas aptitudes para procurar utilidad y con el mismo valor que tenía al comenzar el usufructo (1).

No está obligado a conducirse como lo hace el hombre de prudencia corriente que administra y disfruta de cosa propia, sino que para asegurar la consolidación de su derecho en el propietario, debe obrar a la manera del hombre que, con prudencia normal, disfrute de cosa ajena. El dueño prudente separará de la renta una parte, que reservará para atender a gastos extraordinarios; el usufructuario está expresamente exento de sufragar los gastos extraordinarios de reparación por lo que toca a los edificios que comprenda el usufructo. El dueño prudente hará más aún; previendo la deterioración consiguiente a todo disfrute, destinará anualmente una cuota a la amortización que le asegure automáticamente el mismo nivel de renta; pero esto implica separar una parte de la renta que el usufructuario puede libremente apropiarse y consumirla, o ahorrarla para aumentar su propio patrimonio; no tiene nada que ver con

(1) Para respetar la sustancia de la cosa, lo más frecuente es que el usufructuario tenga que *omitir*, y no que *hacer*. Pero la distinción entre obligaciones positivas y negativas no coincide ciertamente con la que se establece entre el deber de respetar la sustancia y el deber de custodiar la cosa; así, por ejemplo, falta a aquél un usufructuario que recoge el fruto del bosque sin haber preparado la siembra o la repoblación, y realiza la falta, no cuando recoge el mencionado fruto, sino cuando deja de preparar el fundo para la nueva producción. Por otra parte, el depositar materias inflamables en un edificio, el dejar que entren a pastar las cabras en un monte joven, una utilización ruinosa para los muebles, etc., son hechos positivos, con los cuales se falta al deber de custodia. Véase, por lo demás, lo que se dice en el capítulo V.

aquel destino de la cosa productor de renta, que es lo que tan sólo debe respetar el usufructuario. Y el daño que sufre el propietario con la privación de la renta, que le impide constituír una reserva, y que no puede sustituír con la responsabilidad correspondiente al usufructuario, es la consecuencia inevitable de la constitución del usufructo.

279. El artículo 484 (a) exige expresamente que en los bienes muebles que poco a poco se deterioran, se conserve el uso a que estaban destinados, y como elemento posible de este destino, suele considerarse el uso por una sola persona o familia, prohibiendo que el usufructuario los alquile o arriende para sacar partido de ellos. Independientemente de la naturaleza de las cosas, y aunque su susceptibilidad para ser empleadas por un particular en ocasiones raras, a intervalos largos, haga que el goce directo sea escasamente ventajoso al usufructuario (1), no debe exponerlas a aquel deterioro más rápido que se deriva precisamente del uso frecuente, y por personas distintas, a menos que el propietario tuviera costumbre de alquilarlas; en este caso tan sólo, y pertenezcan o no los muebles a un establecimiento que constituya el objeto del usufructo (una fonda, una casa alquiladora de muebles, o de vestuario teatral), es cuando puede el usufructuario continuar la misma clase de disfrute. Pero, en cambio, el que el propietario haya prestado en alguna ocasión y gratuitamente las cosas, no autoriza al usufructuario para alquilarlas y lucrarse de ello (2). Y esta regla, no solamente se aplica a las cosas que se deterioran rápidamente, como las que enumera el artículo 484 por vía de ejemplo, sino que se ha dicho con razón (3) que el usufructuario no puede alquilar, aunque lo haya prestado a veces el dueño, su carruaje, y con más motivo bicicletas, automóviles, y en otro aspecto los libros.

No quiere esto decir que con ello se prive al usufructuario de la facultad de ceder su derecho (4): el dueño no puede aspirar a que quede limitado el uso al usufructuario o a los suyos, como si se tratase de un usuario con respecto al cual conociera, tanto sus mó-

(a) [Art. 481 del Cód. esp.]

(1) Así, en el ejemplo clásico de trajes para servicios funerarios o para teatros: ULPIANO, 15, § 4 D. *De us.*, VII, 1.

(2) En contra, ULPIANO, 15, § 5, *eod.*

(3) PROUDHON, 1.806.

(4) PROUDHON, 1.061-1.062; AUBRY y RAU, § 230; DEMOLOMBE, X, 298.

dicas necesidades, como el uso discreto que había de hacer de las cosas, habida cuenta de sus cualidades personales, que habrían permitido prever el desgaste que esas cosas pueden sufrir; porque ha constituído un derecho transmisible, y con ello ha quedado expuesto a que, dentro siempre de los límites trazados por el destino de los bienes, varíe la cantidad y calidad del uso según las condiciones y aptitudes de la persona a quien el primer concesionario haya cedido su derecho. Ni, aun reconociendo en el usufructo de un patrimonio la suma de derechos distintos de usufructo sobre cuantos objetos sean capaces de éste y estén comprendidos en el patrimonio, puede estimarse que la cesión queda subordinada a la condición de que los comprenda todos igualmente, o una parte alícuota de ellos. Pero la cesión del derecho, subsistiendo para con el propietario la responsabilidad del cedente, convierte en nuevo responsable al cesionario, atribuye a éste la cualidad de usufructuario y priva del goce al cedente (mientras no sobrevenga una eventual retrocesión), y es, por tanto, cosa completamente distinta del arrendamiento, y que con dificultad podría emplearse para sustraerse a la prohibición de arrendar (a lo que, en cambio, podría prestarse la forma, jurídicamente equívoca, de la cesión del ejercicio). No hay que pensar en que el usufructuario, con perjuicio del dueño por la rápida sucesión de personas en el goce de la cosa, que no solía arrendar el propietario, pueda pactar de tal suerte que a quien busca transitoriamente el goce del objeto pueda hacerle pechar con la posición y la responsabilidad del usufructuario frente al dueño; en cambio, la cesión del ejercicio, que le conserva totalmente el carácter de usufructuario y no da al cesionario derecho alguno sobre las cosas, encuadra en una de las categorías jurídicas del comodato o del arrendamiento, y legitima la intervención del propietario, el cual puede pedir la nulidad fundado en haber sido distraída la cosa de su destino, o pedir el secuestro de ella o la extinción del usufructo, por el abuso cometido, y, en todo caso, el resarcimiento de los daños causados.

En la primera redacción del Código francés hubo de proponerse una adición al artículo 589 (concordante con el 484 de nuestro Código), en el sentido de dispensar al usufructuario de la obligación de restituír, una vez llegada la extinción del usufructo, los muebles que con el uso se destruyesen por completo, sin dolo ni culpa por parte de aquél. La adición fué suprimida a consecuencia de las observaciones hechas por Tronchet, quien alegó que era muy difícil que el solo uso destruyese una cosa sin dejar resto alguno, y que

con esa dispensa de restituír los restos se facilitarían los abusos y las usurpaciones de la utilidad total que la cosa podía dar (1); claro está que el usufructuario queda libre de toda responsabilidad si prueba que la destrucción total de la cosa se debe a caso fortuito (art. 502), o que éste ha impedido conservar los restos que quedaban después del uso; y, por otra parte, aquel usufructuario que no haya conservado los restos, imposibilitando así al propietario de comprobar si el deterioro de la cosa está conforme con el servicio que autorizó de la misma, está obligado a probar que ha obrado como un buen padre de familia (2).

280. También cabe en los bienes inmuebles, y singularmente en las casas destinadas a habitación que solía ocupar sólo el propietario, el que se limite el destino de la cosa al uso personal, y lo mismo puede indicarse respecto a los jardines, casas de campo y parques; pero esto no quiere decir nunca que el usufructuario no pueda indirectamente disfrutar de ellas alquilándolas, porque el carácter de casa habitación o de sus anejos, o de los sitios de recreo, no sólo se conserva, sino que subsisten aquellos otros caracteres que pueden contribuír a individualizar tales bienes económicamente. Lo cual se explica teniendo en cuenta, por una parte, que el uso de una casa habitable es continuo por naturaleza, y el deterioro que con ello sufre el edificio no es mayor porque lo habiten varias personas o varias familias sucesivamente, como ocurre con los objetos que sólo se usan a intervalos; y las diferencias de uso y deterioro debe soportarlas el propietario, toda vez que la propiedad ha sido modificada por la superposición de un derecho que no está determinado *intuitu personae*, como el derecho de uso, y, por otra parte, a virtud de que la conservación de los edificios, en el estado en que los recibe el usufructuario, puede realizarse mediante reparaciones

(1) LOCRÉ, *Lég. de la France*, IV, p. 116.

(2) Responde también hasta el límite del interés que el propietario puede tener en recuperar aquellos restos; no del provecho que, vendiéndolos o consumiéndolos arbitrariamente, pueda el usufructuario derivar, ya que, al no admitirse una distinción entre las cosas según su mayor o menor rapidez de deterioro, atribuyendo al usufructuario la facultad de enajenar las primeras (véase *supra*, p. 250), subsiste íntegramente la responsabilidad en que incurre por la arbitraria enajenación realizada; y no cabe limitarla al margen de mayor precio que al venderlas haya obtenido con relación a su valor de tasación, como PROUDHON (n. 1.106) pretende con respecto al caso de enajenarse un animal sujeto al usufructo.

que hagan desaparecer las consecuencias de aquel deterioro subsiguiente al uso y proporcionado a su intensidad, en escala muy superior a la conseguible en la mayor parte de los muebles (1).

Según las circunstancias locales, varía la posibilidad de reputar especializado el destino de una casa; lo corriente es que el usufructuario de una casa que el dueño habitaba por sí o alquilaba a diversas familias, no la use o alquile con destino a fonda, colegio u oficinas de carácter público (2); y como abuso perjudicial para el inmueble habrá de reputarse el que una casa palacio suntuosa sea dividida en cuartos pequeños. Aquí hay que atenerse al rigor de las fuentes romanas, que LAURENT con poca fortuna quiere contraponer a una pretendida equidad consuetudinaria, que, para asegurar el derecho de disfrute del usufructuario, estima lícito el cambio de destino de aquello que no puede proporcionarle utilidad (3). En cuanto a las modificaciones en el aspecto externo y en las condiciones materiales del inmueble, las normas de las fuentes romanas (4), en que se atendía a la tutela de la integridad de la *domus*, de la sede de la familia, lugar de afecciones y recuerdos, y en que dominan la tradición y la comodidad sobre la idea de los más pingües beneficios, difícilmente pueden aplicarse a los casos corrientes de las casas de alquiler y objeto de especulación; y no cabe hoy exigir al usufruc-

---

(1) Pero cuando se trata de muebles en que concurren razones análogas, la relación se modelará sobre el tipo del usufructo de edificios. Así, v. gr., tratándose de un yate o de un balandro, con respecto al cual la mayor o menor intermitencia en navegar influye poco en la disminución de su deterioro.

(2) Cfr. ULPIANO, 13, §§ 7 y 8, *eod.*

(3) LAURENT, VI, 484, cita a este efecto una resolución favorable a la conducta de cierto usufructuario que había convertido una fonda en taller de tintorería. El cambio de un destino evidentemente ruinoso puede ser conforme al interés del propietario, lo mismo que al del usufructuario; pero cada uno de ellos es juez de su propio interés, y el usufructuario, para librarse sobre seguro de toda responsabilidad, hará bien en recabar previamente el consentimiento del propietario; cuando se trate del usufructo de un padre sobre bienes de su hijo menor y pueda originarse conflicto de intereses, el padre deberá pedir el nombramiento de un curador especial, o defensor judicial, y requerir la conformidad del designado. Desde luego es indiscutible que si el usufructuario tuviese por sí facultades para obrar en estos casos, sería muy fácil que los intereses permanentes de la propiedad quedaran sacrificados a los inmediatos y directos del usufructo.

(4) ULPIANO, 13, § 7, *eod.*; v. también POTHIER, *Douaire*, 217; PROUDHON, 1.112 y ss.

tuario responsabilidad porque haya ensanchado las ventanas o la escalera o cambiado la distribución de las habitaciones.

También está reconocido que no hay alteración de la sustancia porque el usufructuario concluya el edificio que había comenzado el dueño, salvo el caso especial de que voluntariamente se hubiera suspendido la edificación; y sólo en este caso y cuando consten los motivos que determinaron la suspensión, se puede reputar que al edificio se le ha dado, con la terminación de él, un destino distinto del que tenía señalado en el instante de comenzar el usufructo, y ese destino habrá que relacionarlo ya con la nueva construcción, no con aquella que aparecía cuando estaba en suspenso la obra (1). Por lo demás, esta cuestión pierde gran parte de su importancia práctica al interpretar como veremos en los números siguientes, las sanciones de la obligación de conservar la sustancia y las consecuencias de las mejoras realizadas por el usufructuario.

En el Derecho romano tenía más amplitud el goce del usufructuario cuando recaía sobre los fundos fructíferos (2). En éstos, es también posible que aparezca determinado específicamente el propósito de destinarlos a una cierta forma de cultivo; y si el usufructuario dispusiese lo contrario, se expondrá, sin duda alguna, a incurrir en responsabilidad cuando el cambio sea un obstáculo para volver al sistema anterior (sin contar con la en que pueda incurrir por haber disfrutado del fundo de tal suerte que lo menoscabe con su omisión de aquellas prácticas seguidas comúnmente para restituír a la tierra los elementos fertilizantes que de ella se obtienen). No puede alterarse de ninguna manera el destino genérico agrícola, y según he advertido, y a diferencia del Derecho romano, al usufructuario se le niega derecho sobre las minas y turberas que no estuviesen en explotación al comenzar el usufructo, así como se le prohibe también hacer incluso aquellas calicatas que no hubieran de transformar la economía total del fundo. Influídos por la tradición, la mayor parte de los escritores buscan el medio de moderar la terminante disposición del Código, y se inclinan a autorizar al usufructuario para excavar el terreno en busca de materiales (cal, arena, cascajo, piedra) a fin de emplearlos en la conservación de los edificios, o bien aquellos otros (turba, marga) que pueden ser utilizados para el abono del mismo fundo. Sostengo que es más correcta

(1) PROUDHON, 1.125 y ss.

(2) ELVERS, *Servitutenl.*, ps. 171 y ss.; KEIL, *Dispositionsr.*, cit.

la severa interpretación de LAURENT (1), que nota que no es el fundo, y por tanto, la causa de la propiedad, la que se beneficiaría cuando los productos de las excavaciones se utilizaran en el predio, sino el usufructuario, que es a quien incumbe satisfacer los gastos de conservación y las reparaciones ordinarias; y que de este beneficio queda privado el usufructuario, resulta claro por el destino agrícola del fundo, que comprende una correlativa reserva (en beneficio de la propiedad) de los recursos que contiene el suelo y no se utilizan en el cultivo, dentro siempre de los límites que las leyes de minería reconocen sobre el subsuelo al propietario de la tierra.

281. No contradicen la equiparación que hemos defendido entre *sustancia* y *destino específico de la cosa* las reglas por que se gobierna el usufructo de los bosques; porque haciendo que dependa la admisión del usufructuario al goce de los bosques maderables de la existencia de un ordenamiento en las cortas, y obligándole, tanto para aquéllos como para los montes tallares, a acomodarse en dichas cortas a la época y a las costumbres del propietario, queda demostrado que en cosas que tienen la misma constitución material e igual figura externa, la sustancia que debe conservar el usufructuario es diversa según sea diverso el modo en que se propone utilizarlas el dueño, bien en cuanto al género, bien en cuanto a la especie de productos que quiera obtener. Por otra parte, inspiradas en un exacto pensamiento jurídico, estas reglas cristalizan en unas fórmulas inútilmente analíticas, cuyos postulados corresponden a una época muy atrasada de la silvicultura, y que dan lugar a singulares incongruencias al aplicarlas en las condiciones actuales de este cultivo. Por eso se explica la reacción que ha surgido entre los técnicos forestales contra ellas y contra la interpretación que les dan ciertos juristas arcaicos (2), sin que se justifique por ello el hecho de que, en vez de pedir una reforma legislativa sobre el particular, violenten los términos de la ley pretendiendo interpretarla, y trastornen el pensamiento que la inspiró, tratando de dar como base de las relaciones entre usufructuario y propietario una determinación objetiva de lo que es sustancia y de lo que es fruto, con resultados que

(1) T. VI, 454.

(2) Aludo principalmente a la obra de ROUSSET, *Droits et jouissance de l'usufruitier sur les végétaux ligneux isolés ou en massif* (Aviñón, 1901); pero también puede verse CHANCEREL, *Usufruit des domaines forestiers* (París, 1894) y PUTON, *Traité d'économie forestière*, t. II.

son tan poco felices, a mi juicio, en cuanto al propósito jurídico de asegurar a usufructuario y propietario la posición jurídica que ocupaban al comenzar el usufructo, como en cuanto al deseo de no dificultar el aprovechamiento y ordenación económica de los bosques (a).

Reconstruyendo el pensamiento del legislador sin detenerse en la confusión que han puesto en sus frases ciertos factores históricos, conviene sustituír la distinción fundamental señalada en los artícu-las 485 y 486 entre monte tallar y monte alto *(cedui* y *alto fusto)*, por la de *montes maderables*, esto es, los que tienen como función predominante suministrar madera, y montes que tienen muy distinta función (1) (b). A esta segunda categoría pertenecen los que tienen una función puramente de recreo, los que sirven para ornato de una finca, para dar sombra a un paseo, para fomentar la caza, o una función exclusivamente protectora, como la de asegurar la coherencia del suelo, regular las corrientes de agua, defender de los

---

(a) [En nuestra Patria, el problema del usufructo de bosques se ha planteado con especial importancia en Cataluña. Los escritores de esta región ponen de relieve la distancia que hay entre el criterio catalán, inspirado en las exigencias prácticas de la silvicultura, y las soluciones aceptadas por algunas sentencias del T. S., que han aplicado de una manera formalista y hermética textos fragmentarios del Derecho romano. V. SAGUER, *Explotación de bosques por el usufructuario, según Derecho de Cataluña* (en la *Revista de Derecho Privado*, 1919, p. 263), y MASPONS, *Derechos del usufructuario en el régimen catalán* (en la misma *Revista*, 1920, p. 70).]

(1) Esta distinción se encuentra ya en la definición de GAYO: *sylva caedua est quæ in hoc habetur ut caederetur* (l. 30 *de v. es.* l. 16), mientras que la definición de SERVIO: *quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur*, pone de relieve únicamente la capacidad de volver a brotar que poseen hasta cierta edad casi todas las especies arbóreas, exceptuadas las coníferas, y se aplicaría también a las no destinadas a ser cortadas. Es menester fundir en una las dos definiciones para dar idea del bosque tratado como tallar según el lenguaje de la economía forestal. LASPEYRES, *Niessbr. an Wald. (Arch. f. civ. Pr.*, XIX, 71) sostiene que a la *sylva caedua* del Derecho común corresponde la definición de GAYO y que el disfrute del usufructuario no queda reducido al monte tratado como tallar *(Ausschlagewald)*. Su monografía es del año 1836, pero procede de Sajonia, donde la técnica forestal estaba ya lo bastante adelantada para que en el disfrute periódico del monte alto pudiera verse un caso singular.

(b) [Resulta esta distinción implícitamente admitida en el art. 485 del Código español, que contiene disposiciones especiales relativas al monte *tallar* o de *maderas de construcción* (las de los párrafos 2.° y 3.°) y otras de carácter general, referentes a toda clase de montes (las de los párrafos 1.°, 4.° y 5.°).]

vientos a una localidad, o la función de producir cosa distinta de la madera, cual los castañares, alcornocales, fresnedas, masas de pinos marítimos, etc., que se utilizan respectivamente para extraer de ellos la corteza, la savia, o la resina (1). Nada importa para el caso que al calcular la utilidad presunta del monte se comprenda la que pueda eventualmente proporcionar en madera, porque basta que no se espere obtener de él periódicamente dicha madera para que el monte conserve su función esencial, y esos productos dejen de tener el carácter de renta. También pertenecen a esta segunda categoría, los montes que carecen de función determinada y en que los árboles se dejan crecer hasta llegar al término de su vida, como ocurre frecuentemente en aquellos lugares de difíciles comunicaciones en que es imposible o muy laborioso utilizar sus maderas; y si cambian las condiciones externas, porque se construya un ferrocarril y resulte entonces ventajosa la corta, esto no motiva que se dé a la misma el carácter de renta, ni que asuma tal calificativo aunque con la corta se simultanee la repoblación del monte; porque lo característico de la renta en las economías privadas, es que está destinada normalmente a consumirse para satisfacer necesidades renovables durante la vida, y no puede considerarse ingreso periódico o renta un ingreso que no se repite sino a intervalos más largos que la duración de la vida humana (2). La repoblación total de un monte que se ha talado al terminar su madurez física, no asegura un ingreso igual sino al finalizar un período de tiempo demasiado largo para que el nuevo ingreso pueda ser considerado como una repetición del primero por parte de quien hubo de percibir éste. Cuando la repoblación está encaminada a procurar un producto a plazo más próximo, ello implica una transformación sustancial del destino que anteriormente tenía el monte, pues si bien los productos venideros pueden asumir el carácter de renta, ello, con más motivo, impide que se consideren repetición de aquellos ingresos percibidos por la tala del monte antiguo.

Para conservar su destino a los montes de esta clase, bien haya sido determinado positiva o sólo negativamente, mediante el abandono de los árboles a las leyes naturales que les conduzcan al límite de su vida, el usufructuario debe abstenerse de hacer cortas; y no basta a modificar las condiciones de su disfrute la circunstancia de que el propietario, en la plenitud de sus facultades, haya algunas

(1) V. el n. 284, *in fine*.
(2) Petrazycki, *Lehre v. Einkommen*, I, § 6. Cfr. Proudhon, 1.164.

veces seguido distinta conducta, bien para atender a necesidades extraordinarias, bien para prevenir la pérdida de árboles envejecidos o aun para satisfacer un simple capricho, y haya hecho talas más o menos importantes (a), si este aprovechamiento accidental de parte de la madera acumulada en el monte, no implicaba como cosa prevista y preordenada su repetición regular ni tampoco una modificación del destino del bosque. Esta regla fundamental está expuesta en el artículo 487 (b), que prohibe al usufructuario aprovecharse de los árboles de gran porte que no estén ordenados en cortas regulares y periódicas. Y para aplicarla conforme a su espíritu, hay que rechazar que el usufructuario pueda proseguir y ultimar en su beneficio la corta de un monte en sazón, iniciada por el propietario antes de comenzar el usufructo, aunque dividida en cuanto a su ejecución en un cierto número de años, a fin de vender más fácilmente la madera, o por otras razones (1). Si también en este caso hay una ordenación en cortas regulares, no se le puede atribuír el carácter de percepción de renta, porque la distribución escalonada de los aprovechamientos no depende de las condiciones productivas del fundo, sino que se señala a voluntad, como en el caso de un capital que hubiera de pagarse en fracciones anuales. La periodicidad de las cortas de renta presupone que después de un cierto intervalo, ha madurado la porción que no lo estaba al iniciarse. Lo que el usufructuario no puede hacer porque no recogería el fruto, pero alteraría la sustancia de la parte del monte que queda en pie, tampoco puede hacerlo naturalmente el propietario durante el usufructo, pues éste inmoviliza la cosa en las condiciones en que se encuentre al constituirlo, sustrayendo al usufructuario los beneficios directos o indirectos que pueden corresponderle en aquellas condiciones; y es necesario un acuerdo entre propietario y usufructuario para que la masa maderable pueda utilizarse cuando así parezca conveniente.

Cuando no se llegue a este acuerdo, hay que resignarse a las lógicas consecuencias extremas, no del principio, sino de la norma que

---

(a) [En Derecho español son de tener en cuenta las restricciones que a la corta de árboles en propiedad privada impone el R. D. de 3 diciembre 1924 y las Instrucciones de 4 marzo 1925, las cuales, como es lógico, afectan tanto al dueño como al usufructuario.]

(b) [Cfr. párr. último del art. 485 del Cód. esp.]

(1) Este primer punto, aun siendo esencial, no ha sido estudiado por la doctrina corriente.

lo aplica, que es condenar al monte a envejecer, porque, cristalizado jurídicamente en una cierta condición, obran sobre él sin embargo las fuerzas que le hacen describir todo el ciclo vital.

En todos los casos en que no está asignada al bosque una función específica o de recreo, o tutelar o fructífera, y en que el inminente agotamiento impone, aunque no la exija, la transformación, el principio expuesto permite que se autorice al propietario a realizarla (1), como se la hemos reconocido para servirse del solar y de los materiales de un edificio destruído, satisfaciendo durante el usufructo el interés del valor de lo que logra obtener. Según interpreta la doctrina, la ley ésta no concede al propietario otro derecho más que el de apropiarse los árboles arrancados o destrozados por un accidente; e induce correctamente de la autorización que da el artículo 488 (a) al usufructuario para emplearlos «en las reparaciones que están a su cargo», que no puede adueñarse de ellos ni tampoco participar en otra forma del producto que de los mismos se obtenga. E igual derecho le reconoce respecto a los árboles que mueran, señalando como indicio de muerte el *coronamento* (2); extensión analógica justificada por la equiparación de trato que hace el artículo 490 (b) respecto a los árboles frutales muertos y los que son desarraigados o tronchados por un accidente. Contrastando con esta doctrina, y movido por la incertidumbre de los criterios propuestos para señalar la esfera de aplicación de las reglas particulares sobre los árboles frutales (3) que el usufructuario se apropia

(1) ROUSSET, *op. cit.*, p. 321, estima que cabe deducirla mediante una adecuada interpretación del derecho que le corresponde a realizar las reparaciones extraordinarias. Pero, en cambio, debe negarse que pueda ejecutar como reparaciones de tal clase obras que son necesarias para conservar o restablecer un determinado elemento de su patrimonio, y no para conservar el objeto sobre que recae el usufructo en las condiciones en que se encuentra, y en el cual puede seguir proporcionando al usufructuario alguna utilidad; y menos aún cabe que pueda hacerlo contra la voluntad de dicho usufructuario para obtener él (como ocurriría en el caso de renovar el monte) un beneficio directo e inmediato que implicara modificación o disminución de las utilidades correspondientes al propio usufructuario.

(a) [Art. y párr. citados del Cód. esp.]

(2) Consiste en irse secando la copa del árbol.

(b) [Cfr. art. 490 del Cód. esp.]

(3) Algunos las aplican tan sólo a aquellos árboles que producen frutos comestibles (DEMOLOMBE, X, 424); otros las extienden a las moreras (TAULIER, II, 307) y no faltan quienes las amplíen para comprender todos los ár-

con la obligación de sustituirlos, el escritor más reciente sobre la materia opina que todos los árboles pueden ser calificados de *fructíferos*, tanto fisiológica como económicamente, porque todos son susceptibles de producir renta más o menos importante, salvo aquellos que por sí mismos constituyen una renta, porque están incluídos en las cortas dispuestas sistemáticamente por el dueño del monte, como fundo productor de madera (1). Y deduce de esta premisa que cuantos árboles deja de apropiarse el usufructuario como frutos, en el caso de perecer, desarraigarse o troncharse por accidente, le pertenecen igualmente, aunque con la obligación de sustituirlos por otros. Para esquivar la contradicción con la regla que prohibe al usufructuario aprovechar *(toucher* según el artículo 590 del Cód. francés) los árboles de gran porte quiere restringir tanto el alcance de este calificativo *(d'alto fusto)* como amplía el de «fructíferos» *(fruttiferi);* advirtiendo que en el lenguaje de las antiguas leyes forestales francesas este nombre estaba reservado a una de las fases por que atraviesan algunos organismos vegetales: precisamente a la madurez completa de los árboles de madera dura; y concluyendo de todo ello que el carácter temporal indicado cesa tanto con la muerte como con el final accidental y prematuro de la vida arbórea, y que si en obsequio al artículo 590 del Código francés (artículo 487 del nuestro), mientras perdura aquel carácter no puede tocar al árbol el usufructurario, cuando lo pierde entra en la categoría general de los fructíferos, que puede apropiarse siempre que los sustituya (a).

Esta interpretación no necesita que nos extendamos mucho en

---

boles plantados con el fin de obtener un producto anual, sea de fruto en el sentido fisiológico del término, sea de corteza, gomas, resinas, ramas, hojas o flores (AUBRY Y RAU, § 230; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, 623); por lo general, se suelen excluír los árboles que crecen espontáneamente en los bosques, aunque den fruto comestible.

(1) ROUSSET, *op. cit.*, ps. 52 y ss., y 119 y ss.

(a) [En Derecho español no hace falta acudir a esta argumentación forzada para sostener el carácter general de la regla del art. 483, ya que ésta no se limita a los árboles fructíferos, sino que habla de «viñas, olivares u otros árboles o arbustos». Quizá por ello, el comentarista MUCIUS SCAEVOLA, al hablar de la prohibición de cortar árboles por el pie, establecida en el art. 485, tratando del usufructo de montes, dice que se han de exceptuar de esa prohibición los árboles muertos, pues éstos podrán cortarse por el pie o descuajarlos para reponerlos con otros de vivero o adquiridos por el usufructuario (3.ª edic., t. VIII-IX, pág. 969).]

probar su endeblez, ya que la muerte accidental *(arrachés ou brisés par accident)* está prevista claramente y a ella se asocian consecuencias harto diversas, según que se trate de *arbres de haute futaie* (artículo 590), o de árboles *fruitiers* (art. 594), motivando para los primeros la facultad del usufructuario de usarlos únicamente en las reparaciones a que está obligado; e indudablemente es un contrasentido afirmar que la muerte accidental de los árboles, al privarles a los de gran porte de aptitud para cumplir la «función que les corresponde en la masa arbórea», sea (tal perecimiento) lo que para ampliar los derechos del usufructuario permite calificarlos de fructíferos; calificativo que se refiere evidentemente a una función que por la muerte no puede ya el árbol realizar. Esto, ni es interpretar la ley, ni con ello se da a las relaciones entre usufructuario y propietario un carácter más conforme a las exigencias económicas de la silvicultura: porque, por lo común, para una racional explotación de la masa forestal no es conveniente la sustitución individual de los árboles muertos con nuevos plantones.

La prohibición de aprovecharse de los árboles de monte alto, a virtud de la modificación hecha con respecto a la primera redacción del Código francés (que prohibía *toucher aux bois de haute futaie*), se ha aplicado ya a los árboles aislados o a las arboledas que no tienen carácter de bosque; y aunque convenga económicamente la sustitución, hay que fijar cuándo puede el usufructuario y cuándo no adueñarse de los árboles para realizarla. Yo tengo por seguro que, refiriéndose ambas reglas al caso en que el bosque o los árboles no estén destinados a producir una renta en madera, el criterio de distinción hay que buscarlo en la existencia o inexistencia de ese destino de producir una renta o producto especial de alguna importancia. Cuando existe este destino, conserva el usufructuario la sustancia del fundo usufructuado con sólo sustituír los árboles que desaparecen por otros que sirvan para renovar la misma clase de utilidad; si el producto periódico de los árboles es insignificante, la alteración de la sustancia resultante de la pérdida accidental se agravaría, más bien que se atenuaría, si el usufructuario, procediendo a una restitución remota del capital madera mediante una nueva plantación, se apropiara el que hoy representan los árboles muertos (1).

(1) Aplicando este criterio de distinción, se evitan, como he observado ya, fáciles abusos por parte del usufructuario; de todos modos, éste corre el riesgo

Como ya hemos dicho, el sustituír los árboles frutales constituye una condición para adueñarse de los pies muertos, no una obligación existente por sí misma (a); para señalar si en virtud de la obligación de custodia que tiene el usufructuario, está obligado a reponerlos, hay que distinguir entre los casos de perecimiento individual y los de carácter colectivo, en que un accidente destruye un grupo de árboles o toda una plantación de una finca (1). Así, por ejemplo, hay un caso muy controvertido: el de reconstitución de un viñedo destruído por la filoxera; la obligación de reponerlo no puede imponérsele al usufructuario, y si hubiera de considerarse gasto de reparación, sería uno que excediese, indudablemente, de la ordinaria conservación de la cosa (2).

Volviendo a los árboles no frutales, el derecho aludido de servirse de los pies muertos para emplearlos en las reparaciones que están a cargo del usufructuario, tiene verdaderamente un carácter excepcional, como lo tiene también el de cortar un árbol cuando

---

de beneficiarse con el valor de una masa maderable que, si el árbol no hubiera sido víctima de un accidente, hubiera pertenecido al propietario, y dicho valor puede superar al del capital correspondiente al fruto que de él obtiene; piénsese, por ejemplo, en la caída de un nogal que se hallara en pleno vigor; le incumbe, pues, la prueba del caso fortuito para eximirse de la responsabilidad en que incurriría no restituyendo el fundo con las mismas plantas que tenía cuando se le entregó. Estimo que debe autorizársele para que haga suyos, a condición de reponerlos, los castañares, que revisten la extensión de verdaderos bosques, y cuando se practica el cultivo de nuevos plantones para repoblar el terreno quedado raso a consecuencia de la muerte de individuos viejos, y cuando, en todo caso, tiene mayor interés el propietario en reponer los árboles que en apropiárselos, pues muchas veces se corrompe y destruye la madera, mientras sigue, sin embargo, por la conservación de los estractos corticales, dando copioso fruto el árbol.

(a) [En nuestra doctrina se ha discutido, en vista del texto del art. 483, si tiene siempre el usufructuario la obligación de reponer, o esta obligación es condicional y sólo para cuando le convenga aprovechar los pies muertos caídos o tronchados. Predomina esta última solución, que aceptan MANRESA (p. 435) y SCAEVOLA (pág. 958), fundándose en que, de otro modo, sería inexplicable el art. 484.]

(1) En contra, ROUSSET, p. 64, que ve una aplicación útil de su teoría en la seguridad que ofrece al propietario de que, a expensas del usufructuario, se repoblará y reconstituirá por completo el monte cuando hubiera sido devastado por vendavales o incendio.

(2) V. CHAUVEAU, p. 624.

ello sea necesario y el dueño así lo compruebe (art. 488) (a) (1), y el de tomar del monte la madera que se necesite para los parrales comprendidos en el usufructo (art. 489) (2), aparte siempre del producto en madera de que sean susceptibles. La posibilidad de extraer del predio los elementos necesarios para su conservación, no es en sí misma una razón para aliviar la carga de conservar que, como correlativa al beneficio de percibir los frutos, corresponde al usufructuario, ni para extender su derecho más allá de la recogida de aquéllos (3). Se percibe aquí la predilección por aquel tipo de economía patriarcal en que se provee a las necesidades de la familia y al cultivo huyendo del cambio; y es insuficiente para justificar el precepto legal, el que convenga asegurar al usufructuario una compensación de la escasa utilidad que obtiene del monte (4).

En cambio, es una lógica consecuencia de los principios expuestos la de que pueda utilizar el usufructuario los frutos anuales o periódicos de los árboles, y la disposición que lo confirma, colocada malamente en el mismo artículo 489, que comienza por atribuír al usufructuario una facultad que se aparta del disfrute normal, le ordena (b), que se atenga a los usos del país o a las costumbres del

---

(a) [Cfr. art. 485, párr. último del Cód. esp.]

(1) Se entiende que cabe discutirlo si, aun atendiendo a una necesidad, perjudica por lo demás al fundo, alterando la estructura del monte.

(2) Es una de las normas tradicionales que proviene del Derecho romano: POMP., 10. *De us.*, VII, 1, y que en Francia volvió a ser consagrada en una serie de edictos que regularon el uso de los montes: PROUDHON, 1.198.

(3) LAURENT, VI, 441.

(4) La norma queda bien encuadrada en la teoría del Derecho común, que restringe el disfrute por el usufructuario de los montes comprendidos en el usufructo a las utilidades que de ellos puedan derivarse para el fundo que constituye objeto principal del referido usufructo; y no lo consiente con mayor amplitud sino cuando, a virtud de disposiciones especiales, se ha constituído el usufructo sobre el monte tomado en sí aisladamente; véase la exposición de todo esto, y la afortunada refutación que a ello se añade, en el estudio ya citado de LASPEYRES, el cual demuestra cómo la l. 9 § 7 *de us.*, VII, 1, que constituye su base principal, se refiere no al caso de que haya un monte además del fundo, sino a la hipótesis de que pertenezca al constituyente una simple servidumbre sobre el monte, y que la servidumbre y el fundo queden afectados por el usufructo.

(b) [En el Cód. esp. la regla del párrafo 1.° del art. 485 está redactada en otros términos, pues permite al usufructuario disfrutar todos los aprovechamientos que pueda el monte producir, según su naturaleza. Pero a pesar de ello, habrán también de tenerse en cuenta el uso que hacía el propietario y las costumbres del país, según se desprende de la sentencia de 13 junio 1906.]

propietario (1) y a ello hay que atenerse, tanto para señalar los productos que pueda apropiarse (2) como para fijar la forma de obtenerlos (3); sin que sea necesario buscar en la extensión analógica de este precepto el derecho del usufructuario a adueñarse de los productos del suelo que favorece la existencia de los árboles o que son simplemente compatibles con ella, como la corta de los brotes y de los arbustos, la recolección de setas y de hierbas silvestres, los cultivos herbáceos que se hacen en las cañadas, y el uso de pastos y la caza.

282. La subdivisión de los montes destinados a producir madera en montes tallares y montes altos, con árboles de gran porte, tiene una importancia secundaria en la moderna economía forestal. Monte alto es aquel en que se dejan crecer los árboles para que alcancen toda su altura (4), y puede producir una renta que no se

---

(1) La primera redacción del Código Albertino, apartándose levemente de su modelo francés, consideraba normal «el uso del país y la práctica seguida por los propietarios». A virtud de una observación del Senado de Piamonte se cambió la copulativa *y* por la disyuntiva *o*, teniendo en cuenta que el uso debe prevalecer sobre la práctica individual (que muy bien puede no ser recomendable). Una sustitución igual se realizó en la redacción de lo que ha venido a ser nuestro art. 485, recogiendo así una observación del Senado de Saboya, pero inspirándose precisamente en la razón opuesta, a saber, que «a la práctica de los propietarios no debe recurrirse sino en defecto de una distribución bien comprobada» (*Motivi dei codici per gli stati sardi*, I, 490.) No resulta que en la expresión «práctica de los propietarios» indique el art. 489 una circunstancia distinta de la que el 485 señala como «práctica constante de los propietarios». En ambos casos, como en el art. 486, se trata de la manera como disfrutaban del monte las personas que lo poseían antes de comenzar el usufructo; de donde se deriva un criterio para el disfrute que haya de corresponder al usufructuario, aunque subordinado siempre a lo que exija el destino del bosque, y sujeto también, en estos casos, al uso de la localidad por lo que se refiere a la manera de hacer suyos el titular, los productos anuales o periódicos. V. *infra* la n. 1 de la p. 336, y la n. 2 de la p. 342.

(2) Sean productos principales respecto a la función del monte, o del cultivo de árboles aislados (v. *supra*, p. 328), o sean productos meramente secundarios, como las ramas que se obtienen a consecuencia de una poda.

(3) Para las cuestiones a que da lugar la extracción de la resina, consúltense las obras citadas en la n. 1 de la p. 346.

(4) Este es el significado de la denominación empleada en nuestro lenguaje forestal; v. BERENGER, *Selvicoltura*, ps. 618 y ss. En las antiguas leyes forestales francesas tenía una significación especial la expresión *haute futaie*, que se

distingue de la del monte tallar, en que los árboles son cortados periódicamente, de tal suerte que persista su vitalidad con los brotes nuevos de la raíz o en los tocones; pero con una condición: que en el mismo cuartel o en cuartel distinto existan árboles de diversas y graduales edades, de suerte que en el primer caso, cuando en el monte haya cuarteles de tiempo distinto, se cortan los árboles llegados a sazón; y en el segundo, en el monte de cuarteles de árboles coetáneos, la corta de los cuarteles en que las plantas hayan llegado a su madurez, haga que quede en pie una reserva en madera representativa del capital del monte. Sólo en el caso de que no se den estas condiciones y el monte esté casi todo él constituído por árboles de la misma edad, la corta de los árboles plenamente desarrollados implica la destrucción del capital, y como quiera que en la repoblación hay que aguardar el larguísimo período necesario para que la nueva siembra o nuevas plantaciones de árboles alcancen su madurez, no se puede atribuír a la corta el carácter de renta. O si se quiere considerar como tal, no lo será del capital-monte, sino del capital-tierra y de los gastos hechos para poblar y custodiar el monte. Se comprende, por consiguiente, que en estos casos se prohiba la corta al usufructuario, ya que sobre el fundo provisto de árboles es sobre el que se constituye el usufructo, y no puede conservarlo cortándolo en una o varias veces. También se comprende, por otra parte, que en la época en que se redactó el Código de Napoleón, cuando apenas se conocía muy imperfectamente el arte de conservar la madera del vuelo, y su valor capital no estaba sometido a un dis-

---

aplicaba a los montes susceptibles de tratamiento como tallares cuando la corta no se verificaba, distinguiéndose las diversas fases de desarrollo de las plantas en relación con las cortas sucesivas; los árboles respetados al hacerse la primera corta eran llamados *baliveaux;* cuando alcanzaban la edad de los árboles de la misma siembra o plantación sometidos a la segunda corta, se les denominaba *baliveaux modernes;* después de realizada la tercera corta de los árboles coetáneos, *baliveaux anciens* o *jeunes futaies;* y únicamente después de la cuarta corta recibían el nombre de *hautes futaies.* De aquí una dificultad, que no tiene razón de ser entre nosotros, al determinar las reglas aplicables a las coníferas, que no rebrotan una vez cortadas, y respecto a las cuales no se asegura la reproducción con sólo la semilla que puedan esparcir los árboles reservados a tal efecto, sino que hacen falta nuevas plantaciones. Cfr. LAURENT, VI, 436, pero véase, sobre todo, ROUSSET, ps. 55 y ss., y 78 y ss. La distinción que hace el art. 579 entre árboles de alto porte y no de alto porte está declarado expresamente que es aplicable tan sólo para la fijación de las distancias (a).

(a) [Comp. art. 591 del Cód. esp.]

frute periódico, se imaginase como un hecho excepcional la participación del usufructuario en el disfrute del monte de alto porte, a diferencia del disfrute de los tallares; hoy, modificando el Derecho anterior (1), se le ha reconocido el de aprovecharse de él, y estas reglas son susceptibles de una aplicación tanto más amplia cuanto más aumenta la importancia de la silvicultura.

Pero está muy lejos de corresponder a la satisfacción de los intereses que tanto el usufructuario como el propietario tienen en la industria forestal. Para la interpretación que da la doctrina corriente (2), es condición, al propio tiempo que medida, del goce del usufructuario, el hecho de que la corta se disponga en una extensión superficial o con respecto a una cantidad de árboles constantemente igual (a). Y a mí me parece que no puede admitirse esta interpretación sin completarla y rectificar algo de ella. El precepto del artículo 486 está enlazado con el sistema primitivo de ordenamientos forestales consistente en la división del monte en tantos cuarteles iguales cuantos son los años o períodos del turno que discurre desde el tiempo de la plantación hasta su completo desarrollo (3). Unicamente relacionando el turno señalado para la totalidad del monte con la distribución en cortas iguales, puede significar un aprovechamiento de renta y surtir el efecto de regularizar automáticamente las condiciones del monte, sustituyendo al desorden reinante una graduación cronológica por clases de edad de las plantas, que en el turno siguiente posibilite obtener en la época misma una renta proporcionada a la provisión de madera. Por eso, como ya he advertido, hay que negar que una distribución en cortas regulares en sentido legal esté autorizada cuando el disfrute se inicia respecto a un bosque que esté en sazón y haya de realizarse en varias veces (4). De un modo análogo a lo que ocurre en el monte de cuar-

---

(1) Ordenanza de 1.669, t. XXIV, art. 5: *les usufruitiers ne pourront disposer d'aucune futaie, arbres anciens, modernes ou baliveaux sur taillis.*

(2) PROUDHON, 1.183; LAURENT, 434, y CHAUVEAU, 613.

(a) [Las reglas del art. 485 del Cód. esp. acerca de las talas, menos minuciosas y rígidas que las del art. 486 del francés, no precisan esa condición.]

(3) V. PICCIOLI, *Elementi d'assestamento e di tassazione forestale* (Florencia, 1881), § 103.

(4) En el ejemplo que pone ROUSSET, a saber, el de un parque de cien hectáreas, con árboles de edad uniforme (de cien años), y en que el propietario durante cinco años haya venido cortando a razón de diez hectáreas, debe entenderse que el usufructuario no tiene derecho alguno a continuar las cortas si resulta que el propósito del dueño era renovar el parque. Puede, en cambio, re-

teles coetáneos, a los que se aplica la corta rasa o la corta sucesiva (1), cabe pensar que aquí basta con señalar el aprovechamiento de un número de árboles igual a los diferentes plazos anuales (o períodos más largos del año en el monte de varias edades), si se aplica la corta discontinua o a elección (2). Ni la letra ni el espíritu del artículo 486 impiden reconocer como condición y medida del goce del usufructuario, en vez de la corta de una determinada superficie o de un número fijo de árboles, el que se formule un plan económico de disfrute, mediante el cual se acompase la duración de los intervalos, o sea de la cantidad maderable que constituye el producto, a las condiciones de la vegetación y a la importancia de la provisión real de que está dotado el monte, tratando de lograr en lo porvenir productos constantes o crecientes y de preparar con el menor sacrificio posible el ordenamiento normal del bosque, para obtener así que se gradúen regularmente las plantas de edad distinta y se repartan de tal suerte que el aprovechamiento de las unas no haga peligrar la conservación de las demás, y que como corolario de una graduación y de un aumento normal, se establezca también una provisión normal. No se va contra la letra, porque cortas regulares (3) son todas aquellas dispuestas con sujeción a ciertos principios, y las reglas que se toman en consideración para señalar los intervalos atendiendo a las condiciones materiales del monte y al fin a que debe conducir el ordenamiento (reglas mucho más complejas que las que suministra la mera relación entre la superficie, o el número de árboles utilizables, con el número de aprovechamientos que se

---

sultar que el propietario quisiera transformar en un tallar, explotable por decenios, el antiguo parque, y en este caso estimo que el derecho del usufructuario ha de restringirse a la parte de bosque en que la transformación se haya efectuado, y que la parte donde los pies hayan alcanzado la edad de ciento cinco años, no puede ser tocada sino por acuerdo de ambos interesados.

(1) Que en la técnica procesal francesa se denominan conjuntamente *coupes en contenance*. La primera forma *(coupe à blanc étoc,* modificación de la *coupe à tire et aire,* o corta que va limpiando de individuos, una tras otra, las varias partes del monte) consiste modernamente en sacar toda la madera de un rodal y proveer a su repoblación con cultivos artificiales, o dejar en pie árboles padres que permitan la renovación mediante la diseminación. En la corta sucesiva o por zonas, el corte del rodal se va efectuando, poco a poco, de modo que no termine sino una vez asegurada la renovación del monte.

(2) *Coupe jardinatoire, coupe par pieds d'arbre.* Las cortas se realizan por clareo, entresacando acá y allá los árboles que estén en madurez.

(3) Traducción de *coupes réglées,* es decir, cortas regladas.

hayan de hacer durante el turno) no es menos regla, sino que corresponde perfectamente a la idea de ella, y aun es más apropiada que el primitivo sistema. Tampoco se va contra el espíritu, porque atendiendo a él es como se quiere deducir siempre el destino económico del bosque de los criterios con que vienen determinados sus productos.

Por último y sobre todo, hay que advertir que cuando no se haya formado semejante plan económico y la forma de disfrute del usufructuario la señale la simple práctica seguida por el dueño de cortar una cierta superficie o un cierto número de árboles, el derecho de aquél a continuarla está íntimamente unido a la obligación de tomar las oportunas medidas y cuidar que las cosas sucedan según la variedad de casos, de tal suerte que quede asegurada la lozanía del monte; obligación que ha de cumplir sin tener en cuenta el posible desorden del propietario, porque él no es árbitro, como lo es éste, de perjudicar la fuente de rentas futuras para procurarse así un ingreso mayor con menor gasto. También proviene de esta misma obligación una amplitud de las facultades que le corresponden respecto al ejemplo que puedan darle las prácticas del dueño; porque para que el monte esté en aptitud de procurar en las épocas señaladas por el propietario los productos definitivos, consistentes en la corta de los troncos adultos, puede entresacar los árboles, cosa muy útil en los montes de una misma edad e indispensable en los demás, para impedir que los ejemplares más viejos cierren sus copas y, privando de luz y espacio a los más bajos, los maten. Claro está que en un plan económico de disfrute entran estos árboles que han de entresacarse en el cómputo de las talas periódicas, pero el derecho y la obligación de ejecutarlo hay que mantenerlos con resolución, aun cuando no exista semejante plan, y aun en el caso extremo de que no haya otro principio de ordenación en vigor sino el de cortar un cierto número de árboles en determinados plazos. El usufructuario no incurre en responsabilidad alguna si fuera de estos plazos, e incluso en mayor número, corta árboles que pueden comprometer la vitalidad y lozanía del monte, siendo, antes bien, responsable si para evitarse gastos deja de hacer la entresaca.

283. Con todas estas correcciones a la interpretación corriente del artículo 486, es evidente que se deja en la mayor incertidumbre su aplicación y que se dificultan tanto la participación equitativa del usufructuario en la renta que puede dar el monte, como los planes de explotación que convenga emplear. Se ocasiona gran in-

certidumbre porque prescindiendo de la indeterminación en cuanto a la amplitud de las cortas periódicas, no puede saberse si en un monte en que están desigualmente distribuídos en diversos cuarteles árboles de distinta edad, las cortas iguales en superficie se han querido señalar para el cuartel más viejo, y de suerte que pueda sucesivamente aplazarse y variar la corta de los cuarteles más jóvenes, conservando siempre igual turno, o si en vez de un verdadero turno se ha querido señalar un período en que renovar y regularizar las existencias de madera, haciendo la corta sin consideración a la edad alcanzada por las varias clases de árboles. Eliminar esta causa de incertidumbre, ciñéndose estrechamente a la letra del artículo 486 que reconoce en el usufructuario el derecho a aprovechar únicamente «la parte de monte distribuído en cortas», y reputar parte distribuída así aquella que puede cortarse a intervalos iguales al final del turno, conduce a alterar el destino de las cortas de renta que el propietario ha querido aplicar al bosque entero. Por otra parte, si la práctica a que ha de sujetarse el usufructuario es la de los anteriores propietarios y se ha querido con esta frase dar influencia a la seguida por un cierto tiempo, con una cierta constancia, dentro de las variaciones posibles que haya sufrido, no puede negarse el influjo predominante del destino que al bosque dió el propietario último, y, por tanto, a un solo acto realizado por él o a una simple manifestación de voluntad que no haya habido aún tiempo u ocasión de exteriorizar (1); pero si es fácil la interpretación negativa de un solo acto para excluír del goce al usufructuario (2), cuando se imponga la interpretación positiva y resulte el

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Distinzioni dei beni*, 415. Pero, adviértase bien; si el usufructuario está en el deber de seguir siempre las prácticas del propietario guardando las épocas, etc., el art. 486 no convierte la existencia de dichas prácticas en requisito para que él pueda proceder a las cortas; la condición o requisito está en la distribución en turnos, que puede ser la consecuencia de haberse formado un plan económico de disfrute o incluso de la intención manifiesta de observarlo. Rousset va más lejos, pues sostiene que el propósito de distribuír u ordenar el monte en cortas adecuadas puede inducirse, aun sin haberse manifestado de un modo expreso, de las circunstancias que acompañaron a la adquisición del bosque por parte de su último propietario: a este efecto pone el ejemplo de quien hubiera invertido todo su patrimonio en la compra de un parque, de donde se deduce que evidentemente tuvo que querer sacarle una renta a la adquisición.

(2) Es este un extremo a que suelen aludir las escasas resoluciones dictadas por nuestra jurisprudencia sobre el particular. V. Apel. Florencia, 27

monte destinado a producir una renta, es difícil deducir la medida del disfrute.

Peor aún que la incertidumbre al determinar las relaciones entre usufructuario y propietario es otra consecuencia del precepto que estamos examinando: la cristalización de estas relaciones en las circunstancias en que estaban las cosas al comenzar el usufructo, que pueden ser las más disconformes con el interés de las dos partes, tanto como con los intereses generales asociados a un ordenado cultivo forestal. Cierto que la eventualidad de inmovilizar los bienes en condiciones económicas inferiores es una consecuencia general y fatal de la existencia del usufructo mismo y de la imposibilidad que resulta de coordinar con un criterio único la expectativa de las utilidades próximas con las utilidades remotas que puede dar una cosa. Mas en campo alguno produce esto tanto daño, porque en ningún otro es más prolongado y largo ni son menos reparables los efectos de un disfrute desordenado; daño que aumenta notablemente una disposición legal que permite y obliga juntamente al usufructuario a atenerse a un sistema de goce señalado por el propietario, en vez de dejarle en libertad de obtener con un sistema propio los propósitos económicos que perseguía el dueño: el usufructuario de un monte, queda privado de semejante libertad, que tiene su correlativo en la responsabilidad, pues al paso que en los demás bienes la forma de disfrute, dentro siempre de los límites señalados a su actividad por el destino que les dé el dueño, se enjuicia conforme a la conducta de un buen padre de familia, la que se aplica para juzgar su responsabilidad en el disfrute de árboles puede ser la de un pésimo padre de familia que cultive de un modo devastador. Con la circunstancia, además, de que por un lado, a virtud de estar legalmente autorizado para continuarla, puede hallarse en situación de tener un interés contrario al acuerdo amistoso con el dueño, porque la nueva ordenación que éste se hubiera propuesto acarrea frecuentemente en su primer período sacrificios y restricción de aprovechamientos; y por otra parte, el propietario puede tener un interés contrario a la ordenación que alargue la extensión de los aprovechamientos, y preferir por ello que se difiera aquélla hasta que cese el usufructo para que el usufructuario no se beneficie con ello.

Los escritores citados han tratado la cuestión muy unilateral y restringidamente. Arrancan de la premisa de que el usufructuario

---

mayo 1873 (*Annali*, 1873, 327) y Apel. Potenza, 24 junio 1897 (*Giur. ital.*, 1897, 549).

tiene un derecho absoluto a adueñarse del incremento anual de la masa maderable y el propietario un derecho absoluto también a conservar la cantidad de madera existente al comenzar el usufructo (1), y prescinden indudablemente del artículo 486, que exige al usufructuario atenerse para la corta a las épocas señaladas por el propietario anterior, aún cuando él esté en oposición con estos principios. Por eso, si se ha creado un ordenamiento para que la corta anual no exceda del posible crecimiento del monte, según esta teoría debe respetarlo el usufructuario; si no existe tal ordenamiento, el usufructuario no puede continuar disfrutando el monte como lo hacía el dueño, y hay que seguir un ordenamiento que permita la constante e inalterable conservación de la cantidad de madera. Han creído hallar base para este ordenamiento estableciendo un turno igual al doble de la edad media de los árboles que pueblan el monte, y creyendo que, si se corta cada año el cociente resultante de la superficie total dividida por el número de años que comprende esta rotación, o por una cantidad de árboles en relación con los que pueblan esa superficie, al final del turno el total de las plantas jóvenes desarrolladas que han sustituído a las que se cortaron, forma una masa de monte igual a la que existía al principio, teniendo las plantas un promedio igual de edad. Semejante sistema no corresponde al postulado que forma su premisa, porque no mantiene inalterable la cantidad de madera existente en los diferentes turnos, y no hace sino asegurar su reconstitución al acabar aquél, que puede ocurrir en época posterior a la extinción del usufructo (2). Y ello lleva a

(1) Este principio va formulado en la ponencia del magistrado PATAILLE, con motivo del asunto en que entendió la Casación francesa al dictar su fallo de 8 de enero de 1845 (*Dalloz pér.*, 1845, 1, 113). LAURENT (VI, 435), que encuentra en él «indicaciones preciosas» para fijar el modo cómo ha de regirse el disfrute del usufructuario, aconseja ya, sin embargo, que no se tome a la letra. El ponente se consideró en el caso de llegar a enunciar un principio, que luego los técnicos forestales creyeron ser norma legal, cuando, en realidad, debía aquél haberse limitado a desenvolver el dictamen pericial que el fallo aprueba. Se trataba de un monte tallar en que se habían ordenado cortas que comprendiesen $^{1}/_{13}$ a $^{1}/_{8}$ de las reservas; algo más que una simple distribución en cortas iguales, pero algo menos que un verdadero plan metódico de aprovechamientos. Habiendo pretendido el usufructuario cortar hasta $^{1}/_{8}$ de las reservas, se le respondía con razón que el doble límite fijado a la extensión de las cortas servía para mantener la proporción adecuada entre el producto y la existencia en madera.

(2) Supongamos, por ejemplo, un monte regular de cien hectáreas en que

realizar brevísimas o larguísimas rotaciones, puesto que se debe tener en cuenta la edad media de los árboles, lo cual conduce a autorizar y obligar al usufructuario a proceder en la explotación del monte tratando como tallar a alguno de reciente plantación (1).

Pero lo que ocurre es que está jurídicamente mal planteado el problema que así se trata de resolver (2). Ni las disposiciones positivas sobre el particular, que quedan menospreciadas con esta interpretación, ni los principios generales sobre el usufructo asignan el incremento anual del bosque al usufructuario, sino únicamente la renta del bosque; y si las posibilidades forestales en un bosque perfectamente ordenado, permiten que la renta sea igual al incremento anual no susceptible de separación, esto no quiere decir que la renta consista en el incremento. El nombre de «posibilidad forestal» nos indica nada más que una regla de posible realización, el postulado de esta equiparación de la renta con el incremento. Si no hay ordenamiento, según la variedad de sus condiciones se obtiene del monte más o menos de lo que es incremento, y una vez obtenido, aun cuando sea a costa de la reserva maderable, tiene el carácter de renta. De aquí que cuando el incremento realizado en períodos mayores de un año se compara con la renta total percibida en el mismo espacio de tiempo, de ello no se deriva como consecuencia necesaria la de que el usufructuario pueda aprovecharse de él sino en los límites, y únicamente en los límites, del aumento operado durante el usufructo. En todo monte de explotación intermitente, o

---

los árboles tengan un promedio de edad de cincuenta años, resultante de tres cuarteles: 30 hectáreas de veinte años, 30 de cuarenta y 40 de ochenta. Según la fórmula de ROUSSET, debería aplicarse un turno que sujetara a corta dos hectáreas cada año, y después de cincuenta de éstos, tendríamos 30 hectáreas de setenta años, 20 de noventa y cincuenta divididas en rodales de dos hectáreas cuya edad variara de uno a cincuenta años; en conjunto, una masa cuyo promedio de edad sería de sesenta y cuatro años.

(1) El desarrollo de este sistema constituye el objeto principal del citado libro de ROUSSET; v. sobre todo las ps. 97-102, 206 y ss., 224-232, 248-251.

(2) Supuesto de todas maneras que los términos del problema jurídico fueran éstos (asegurar la devolución de la misma cantidad de madera que existía al principio del usufructo), sería posible técnicamente hallar mejores soluciones; v. la de MASSON que cita PERONA en su estudio *Metodi per stabilire la ripresa nei boschi da taglio saltuario* (en el *Eco dei campi e dei boschi*, 1895) y aquella otra, bastante más racional, que propuso el mismo PERONA, el cual suponía predeterminada la época de la restitución para establecer los aprovechamientos lícitos al usufructuario.

anual no constante, se acumula el incremento de varios años, y está representado por la corta que se hace transcurridos muchos, o después de un año en la parte más extensa. Privar al usufructuario de lo que exceda del incremento habido durante el usufructo, equivale a contravenir el principio fundamental del artículo 480 (a), que le reconoce la propiedad de los frutos separados desde que comienza su derecho, aun cuando correspondan a una época anterior fructífera, y es infringir asimismo el principio correlativo del propio artículo asignarle unos productos iguales al incremento anual, que puede igualmente acumularse en beneficio del dueño en cuanto a la corta que haya de hacerse luego de extinguido el usufructo.

El problema que jurídicamente se plantea es cómo ha de atribuirse al usufructuario la renta de la masa arbórea, al propio tiempo que se asegura la conservación del destino específico que le haya dado el dueño; y por las consideraciones expuestas, vemos que, ateniéndose a la ley vigente, no contiene una solución satisfactoria, porque ésta, para inducir el destino, acude a averiguar el procedimiento o método seguido en el disfrute.

El Código germánico (§ 1.038) esquiva la cuestión, pero no la resuelve, porque da al propietario y al usufructuario derecho para exigir la formación de un plan económico y posibilita que el destino del monte se fije con arreglo a otro criterio que no sea el del propietario. Según, pues, se dirija la explotación del monte a obtener la mayor cantidad de productos sin preocuparse de su calidad, valor, ni gastos; o bien se atienda a la calidad en vez de la cantidad de productos, para lograr el precio más elevado por unidad; o a obtener madera propia para ciertos usos; o a conseguir la diferencia mayor entre productos y gastos anuales; o, por último, se aspire al producto máximo del capital tierra, es decir, a la renta mayor del fundo únicamente, habrá que señalar, dentro siempre del límite que las leyes físicas imponen al desarrollo vegetal, una distinta madurez a los árboles que deben abatirse (1); y como quiera que el usufructuario, en discrepancia con el dueño, puede tener por más apetecible y útil uno u otro de estos fines, debe estar reservada exclusivamente al propietario la elección entre ellos, y señalar el grado de madurez correspondiente.

(a) [Art. 472 del Cód. esp.]

(1) V. sobre estos conceptos el profundo y luminoso estudio de PERONA, *Maturità boschiva e turno* (en el *Eco dei campi e boschi*, 1896).

Y únicamente después que el dueño lo haya fijado, y señalado, por consiguiente, el turno, la ordenación que hay que dar al monte se convierte en cuestión objetivamente resoluble, habiendo en consideración para aplicarla sus condiciones de hecho; y entonces se explica y se recomienda una regla que autorice y obligue recíprocamente a propietario y usufructuario a exigir que hagan los peritos dicha aplicación, y que según los períodos distintos de cultivo, se establezca la cuantía de los productos que deben extraerse y las precauciones que deben tomarse para que el aprovechamiento se produzca sin alterar por ello el destino del bosque. Por eso creo que para que el plan económico sea útil y dé una base segura a las relaciones entre usufructuario y propietario, hay que tomar como punto de partida la rotación señalada por el dueño con anterioridad a la constitución del usufructo; mas cuando no la haya, ha de permitirse que el usufructuario, si fundándose en un disfrute periódico del monte sin plan y sin rotación hecho por el propietario, reivindica su derecho a participar en los productos maderables, debe dejar que lo fije el dueño, quedando limitada la obra de los peritos a ejecutarlo. En cambio, señalada la rotación con anterioridad al usufructo y aunque pueda envolver un sistema de disfrute perjudicial para el dueño, que quedaría privado por largo tiempo de percibir el producto, no cabe admitir que se prescinda de dicho sistema, ni exigir la formación de un plan que establezca una rotación más adecuada para proteger las futuras utilidades. Fijado el plan, ni una ni otra parte pueden quejarse de que aumenten o disminuyan los productos anuales o periódicos durante el usufructo por las exigencias de la ejecución de aquél. Esta norma, como la del Código alemán, permite la continuación del disfrute sin plan alguno; pero los que no lo han exigido en tiempo son los que incurren en responsabilidad por la incertidumbre consiguiente de la relación, por lo expuesto que queda el propietario a los daños que pueda ocasionar un insistemático disfrute, y por el peligro que corre el usufructuario de ver que le acusen los dueños anteriores como autor de extralimitaciones en el goce del bosque.

284. La dificultad de aplicar las normas vigentes disminuye cuando se trata de montes tallares. Para éstos es también un elemento esencial del destino el señalamiento del turno en las cortas, porque en ellos, como en ningunos otros, varían los límites de las mismas según la naturaleza de los productos que del monte pueden

obtenerse (1). El usufructuario ha de atenerse a la rotación o turno que haya señalado el dueño o a la distribución resultante de un plan normal económico, o cuando no haya habido distribución, a la práctica seguida con anterioridad y con una cierta constancia, por los dueños (2); pero si el señalamiento de la rotación no puede inducirse del examen directo que se haga de las condiciones del monte, ni hay otros elementos para inducirlo, y en cambio parece seguro que el monte está destinado a tallar (3), el usufructuario queda en libertad de elegir la forma que le parezca mejor, claro está que dentro siempre de los límites en que un prudente administra-

(1) La amplitud de la rotación varía de tres a seis años cuando se trata de un monte tallar en que la corta se realiza descabezando a mayor o menor altura del suelo (por bajo, por arriba o en forma intermedia), puesto que una corta más intensa comprometería la existencia del tronco; cuando la corta se hace por el pie, rasando el suelo o poco más, el espacio varía entre seis y diez años en terrenos llanos, y entre diez y quince años cuando se trata de verdadero monte, pudiendo llegar a veinticinco años si lo plantado son abedules, y treinta años, o incluso cuarenta, si son encinas o hayas, según la clase de productos que interese (simplemente leña, pérticas, estacas, duelas, madera para carbón, etc.).

(2) Esta interpretación no concuerda con la idea corriente de que «la práctica constante de los propietarios» a que se refiere el art. 485 sea cosa distinta de aquella «práctica de los propietarios anteriores» a que alude el 486, ni coincide con la opinión de que el derecho a realizar cortas en los montes tallares sea independiente de la práctica seguida por los dueños precedentes, ni que el Código haya querido regular su ejercicio sometiendo al usufructuario al ejemplo que le ofrezcan los propietarios que en la misma región exploten bosques de igual naturaleza; v. PROUDHON, nn. 1.173 y 1.181, y los demás autores. Estudiando los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, no resulta que se quisiera atribuír un significado diverso a la diferente expresión empleada, pues al hablar de la práctica constante, va implícita la idea de continuidad, que no cabe referir a otro fundo. Si se hubiera querido indicar en general que el disfrute había de acomodarse a la conducta de un buen padre de familia, hubiera resultado inadecuada la expresión «práctica de los propietarios»; y, por lo demás, o el turno, y por tanto las épocas de corta, queda establecido (y entonces, según la propia opinión, no hay por qué averiguar lo que se hace en otros fundos), o no se han fijado, y entonces tampoco es decisivo el ejemplo de los propietarios vecinos, que con la misma prudencia de administración pueden preferir turnos largos o cortos, según el propósito que persigan. V. en este sentido ROUSSET, ps. 166 y ss.

(3) La consideración de monte tallar no resulta sólo de la circunstancia de que el bosque haya estado sujeto a cortas periódicas de los mismos árboles, sino que se sostiene que cabe presumir tal cualidad siempre que se trate de esencias

dor procede con los montes de esta clase (1). Pero si por la manera en que el dueño ha practicado la rotación de un monte irregular, cortando una cantidad de madera mayor o menor que el crecimiento total tenido por el monte en un cierto período, viene a modificarse el contenido del mismo, las consecuencias son mucho menos importantes que lo sería la desproporción entre las cortas y el crecimiento en monte alto; y puede confiarse que en el tiempo relativamente breve de la rotación, se volverán a dar las mismas condiciones primeras de irregularidad.

Por eso no puede recomendarse la reforma de la legislación en el sentido de autorizar al dueño para exigir la formación de un plan económico encaminado a regularizar las condiciones del monte durante el usufructo; porque no puede quejarse de que persista un estado de hecho que no ha tratado de mejorar cuando podía hacerlo libremente, ni puede pretender modificarlo a expensas del usufructuario, que es lo que ocurriría si retrasase o restringiese la cantidad de aprovechamientos que le corresponden con arreglo a sus planes y sus prácticas. Únicamente cuando toque señalar la rotación al usufructuario, porque no haya existido aquel plan, habrá de aplicarlo de suerte que no perjudique el monte y ordenar los aprovechamientos al fin de que durante la rotación sea respetada la gradación normal de edad en los diversos cuarteles.

Acerca de la responsabilidad en que puede incurrir por los cambios arbitrarios que haga en las rotaciones (y anticipando la deducción de los principios que expondremos en el número 287), habrá que apreciarla según el daño que cause al dueño, por un lado, a causa del menoscabo de los árboles sometidos a cortas demasiado frecuentes, o en punto a la conservación de su aptitud para dar determinados productos poco usuales; y por otro, habrá que atender al daño que cause el retraso o la privación de un aprovechamiento a que hubiera tenido derecho si no se hubiera hecho el cambio. Esto no es una consecuencia necesaria, sino meramente posible, del acortamiento de las rotaciones, ya que de todas suertes las cortas

---

aptas para retoñar mientras no hayan llegado a la época de vida en que tal propiedad se pierde o disminuye de vigor; a reserva, naturalmente, de que circunstancias particulares impongan una convicción contraria. En tal sentido, puede verse el fallo de la Casación francesa de 13 de junio de 1823 (*Sirey*, 1823, 373).

(1) En esto influye, desde luego, el ejemplo de las prácticas locales, pues para el usufructuario la economía normal no puede ser otra que la de su tiempo y su país.

anticipadas las hace suyas el usufructuario, como frutos separados que son (1). Así, por ejemplo, si la rotación era de diez años y la redujo el usufructuario a cinco, pudo obtener durante treinta años, a contar del término inicial de una rotación, seis cortas quinquenales en vez de tres decenales; y prescindiendo de la posible alteración de las condiciones vegetativas de los árboles, al llegar la consolidación con el usufructo, no estaría el dueño en condiciones distintas a las en que se hallaría si se hubiera respetado la rotación señalada. Si, en cambio, el usufructo hubiera durado veinticinco años, el dueño tendría que aplazar en diez, en vez de en cinco años, la corta para obtener así un producto equivalente al que le dió la anterior rotación, y de todas suertes quedaría privado del valor correspondiente al aumento en madera del bosque durante cinco años. Este posible daño puede producirse también al prolongarse el período de la rotación; y así, si el usufructo dura también treinta años desde el término inicial de la rotación y suponemos una antigua rotación de siete años, que el usufructuario prorroga a quince, la ejecución de dos cortas de quince años en vez de cuatro septenales priva al dueño del valor correspondiente al crecimiento arbóreo de dos años; si el usufructo hubiera durado sólo de diez y seis a veinte años, quedaría a disposición del dueño el crecimiento arbóreo de uno a cinco, en vez del de dos a seis años. Quedaría beneficiado, en cambio, si el usufructo hubiese durado de veintiuno a veintinueve años, como lo sería, a pesar de la reducción del plazo, si, en general, dividida la duración del usufructo por el lapso de la rotación creada por el usufructuario, resultara una diferencia mayor que si dividiésemos la primera por la duración de la rotación originaria.

Cuando en el monte la explotación tallar está asociada a la de árboles de altura, que es lo que se llama tallar compuesto (o predominando una u otra clase de explotación, bien sea la tallar sobre la de alta copa o viceversa), se aplican conjuntamente las reglas expuestas, y queda subordinado el aprovechamiento de los árboles al requisito de que el propietario los haya sometido al destino de producir renta maderable y a las modalidades de este destino. El párrafo final del artículo 485, aplicando la regla general que limita a los frutos naturales y a los separados durante el usufructo el derecho de su titular, le niega que pueda ser compensado por las cortas no realizadas, y por las «plantas reservadas a fin de que alcancen

(1) PAULO, 48, § *de us.*, VII, 1, *Silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat.*

su total desarrollo, como las de gran porte que durante el usufructo no se hayan cortado». Privarle de compensación por las cortas no ejecutadas presupone necesariamente que el usufructuario *puede* tener derecho a la corta de árboles de alta copa existentes en el monte tallar, pero *no que lo tenga siempre;* y la jurisprudencia está conforme en negárselo cuando el propietario hubiese asignado a los árboles de gran porte una función simplemente protectora, o accesoria de la explotación del tallar, renunciando a obtener de ellos una renta en madera (1). Surgió una duda especial nacida de la terminología del Código francés, que subordinaba a la *mise en coupes reglées* el derecho de practicar cortas en los *bois de haute futaie,* ya que no podían considerarse *arbres de haute futaie* (2), los *baliveaux* a que se refiere el artículo 590, que corresponde a nuestro 484. Pero precisamente se equipararon a los *baliveaux* los árboles de alta copa. Una vez que se han conservado aquéllos, dejan de tener el carácter de plantas tallables y adquieren una doble función: la de constituír elementos para la repoblación del monte tallar y la de crecer para tomar la categoría de *arbres de haute futaie.* La primera se opone al derecho a la corta; la segunda lo encierra sólo en cuanto estén destinados a alcanzar su completo desarrollo. Por otra parte, la forma nueva que ha adquirido esta disposición en nuestro artículo 485, y el privar de compensación no sólo por la corta omitida de los *baliveaux,* sino por la reserva de los pies conservados a fin de que crezcan, dan otro alcance al asunto, y aclaran que es una obligación normal del usufructuario de montes tallares la de asegurar la vida de los mismos merced a viveros, medio para obtener una natural diseminación del bosque en sustitución de los troncos muertos; porque prevalece sobre el destino de monte tallar, el de monte, y está obligado el usufructuario a conservar, no un cierto número de plantas, sino una extensión de terreno cubierto de ellas y susceptible de reproducirse con sus rebrotes cuando llegue el término natural de su existencia.

Ya he dicho que como no puede atribuirse a la nomenclatura de *bois et arbres de haute futaie* la restringida significación que en Francia tiene conforme a la tradición del lenguaje de aquellas leyes forestales, entre nosotros no puede haber discusión acerca de si las normas a ello relativas son o no aplicables analógicamente a los montes de coníferas, que les están sometidas, en cambio, directa-

(1) PROUDHON, 1.186 y ss.; AUBRY y RAU, § 230, n. 25; LAURENT, VII, 433.

(2) Cfr. LAURENT, VII, 436; pero v. ROUSSET, ps. 260 y ss.

mente. Cierto que puede hacerse una aplicación analógica a aquel modo particular de disfrute que con respecto a algunas plantas resinosas (pino marítimo, pino austral, etc.) consiste en extraer la resina mediante cortes circulares del tronco o de incisiones simultáneas en la parte superior e inferior de éste. Tal método de resinación (llamado «a muerte»—*gemmage à mort* o *à pin perdu)*—mediante el cual se logra una mayor actividad de extracción de la resina, aun cuando se condene a muerte en plazo breve al árbol, a diferencia de la resinación hecha a intervalos y en sentido vertical en la planta (resinación a vida—*gemmage à vie)*—que puede renovarse obteniendo menor producción durante muchos años, no le está prohibida completamente al usufructuario, si bien debe autorizársele para ello únicamente cuando se haya practicado así y de un modo constante la explotación por los dueños anteriores del monte. La muerte individual de los árboles puede ser un procedimiento sistemático de obtener con claras sucesivas un mejor aprovechamiento del monte, a semejanza de las cortas de árboles en completa madurez, siempre que se acompañen las medidas necesarias para obtener su renovación, porque con ello se disfruta de un modo adecuado a la conservación y destino dados a la totalidad del bosque (1).

Otra cuestión respecto a la que persiste el desacuerdo en la doctrina y jurisprudencia francesas, fué eliminada del párrafo final del artículo 487, que amplía el derecho del usufructuario a la corta de «árboles diseminados en el campo, destinados a cortas periódicas con arreglo a las costumbres locales». La adición proviene del Código Albertino, y fué hecha por el expreso designio de autorizar al usufructuario para aprovecharse especialmente de las hileras de álamos, poco difundidas en Francia en la época en que se redactó el Código de Napoleón, cuando entre nosotros y en muchas regiones existía ya ese cultivo de masas de árboles sin el carácter de montes, con el fin de obtener una renta en madera con su corta, y se comprende que el destino se deduzca directamente de las prácticas locales, a las cuales hay que presumir que quiso acomodarse el propietario (2).

También se invocan los usos locales en lo referente a la forma de disfrute de los viveros, cuando, según los desgraciados términos del artículo 491, «los plantones *constituyan parte del usufructo,* estando obligado el usufructuario a observar los usos locales, tanto

(1) V. ROUSSET, págs. 299 y sigs.; CUZACQ, *Usufruit des pins maritimes.*
(2) V. ROUSSET, págs. 267 y sigs.; CHAUVEAU, n. 615.

respecto al tiempo y la forma de la extracción, cuanto en punto a la reposición de los vástagos» (a) (1). Aquí nos encontramos con el tipo sencillo de una universalidad de cosas completamente homogéneas y el usufructuario puede apropiarse los plantones a medida que los sustituye con cepas destinadas a su reproducción. Los usos locales señalan a qué edad y en qué estación deben arrancarse y ser repuestos.

285. El precepto del Código alemán que hemos mencionado en el número 283 y que autoriza a usufructuario y propietario del monte a exigirse mutuamente que se fije la proporción y la forma de disfrute mediante un plan económico, se aplica, a virtud de lo preceptuado en el § 1.038 del mismo Código, a los casos del usufructo sobre minas; pero aun cuando dictado con el propósito de evitar discusiones, en realidad lo que hace es anticiparlas. Porque si bien con un criterio subjetivo se señala el plan de explotación del monte y a él ha de sujetarse la cuantía de la participación que ha de tener el usufructuario, la necesidad de asegurar la reconstitución en un tiempo más o menos largo pone un límite de todas maneras a estas variaciones; el límite mínimo de lo que con independencia de los intereses del usufructuario y de los del propietario ha de decidir lo que se debe conceder al primero y lo que se ha de conservar para el segundo. No sucede lo mismo con las minas, porque el límite de disfrute lo impone económicamente, no las condiciones externas, sino la relación entre el capital que hay necesidad de invertir en la explotación y el precio que puede lograrse de los productos. Si reducimos hipotéticamente a cero el valor del capital, es evidente que la utilidad mayor se obtiene con la intensificación máxima de la producción y de los posibles aprovechamientos o beneficios que, favoreciendo al usufructuario exclusivamente, conducirían la mina a un rápido agotamiento en perjuicio del propietario. El perito, al juzgar que con una cierta inversión de capital en máquinas y salarios se pueden obtener unos beneficios adecuados, no puede ni imponer al usufructuario que realice el desembolso, mientras no esté seguro de poder amortizarlo durante el usufructo, ni impedirle que lo haga, aunque a su completo riesgo. Como quiera que de esta inversión de capital depende el reparto del beneficio de la mina, es

---

(a) [Cfr. art. 485, párr. 4.° del Cód. esp., que nada dice sobre reposición de las plantas entresacadas del vivero.]

(1) V. ROUSSET, pág. 259; CHAUVEAU, n. 611; LAURENT, VI, n. 446.

decir, de aquel excedente de los productos sobre el interés de los capitales invertidos y el beneficio del empresario (1), que se distribuye entre usufructuario y propietario, según las épocas distintas en que pueden gozar de la mina misma, de ello se sigue que tal reparto queda sustraído a la fijación del plan económico de trabajos.

Contra las reglas, por consiguiente, que quisiera imponer un perito, y que no pueden representar la aplicación de ningún principio jurídico, sino sólo una equitativa composición entre los intereses del usufructuario y los del propietario, le sería fácil oponerse al primero, y reclamar su libertad de acción para disfrutar según el destino impuesto a las minas por el segundo, que es, y no puede ser otro, el de obtener de la mina la *calidad* de productos que es susceptible de proporcionar. En ningún caso puede estimarse como elemento de este destino la *cantidad* de productos que se obtengan en un cierto plazo, pues depende, no de las condiciones de la mina considerada en sí misma, como sucede con el bosque (en que la reconstitución es más o menos rápida según la madera que se extrae), sino de las condiciones de la empresa dedicada a la explotación de la mina. Y en nuestro Derecho esta completa libertad hay que reconocerla con más motivo al usufructuario, si no se halla limitada expresamente en el título constitutivo del usufructo (a). Puede ampliar la empresa sin

(1) Cfr. en general respecto a las condiciones en que se desenvuelve la industria minera, el magistral estudio de EINAUDI, *La rendita mineraria* (Turín, 1900). Véanse también las observaciones que más adelante hemos de hacer acerca del influjo que el desconocimiento de la riqueza y amplitud de la mina ejerce en punto a la inversión de capitales, por parte de quienes la explotan.

(a) [Téngase en cuenta que no es tan claro como el sistema del Código italiano, el aceptado por el Código y la Jurisprudencia española, a que nos hemos referido ya en las notas al tomo I. Como los preceptos del Código son muy incompletos y la doctrina del Supremo fué dictada a propósito de la legislación anterior, está, en realidad, sin resolver en nuestro Derecho vigente el problema del modo de explotación de la mina por el usufructuario cuando en el título no se regula la forma en que haya éste de ejercitar su derecho. VALVERDE (*Tratado*, t. II, p. 460 de la 3.ª edic.), y AMAT (*Usufructo de minas*, en el tomo XXX de la *Enciclopedia Jurídica Española)*, entienden que, por analogía, debe aplicarse al usufructo voluntario el criterio de distribución de las utilidades por mitad entre el usufructuario y el propietario, que el artículo 477 establece para los usufructos legales. Verdad es que este criterio cuantitativo es completamente arbitrario, como puede apreciarse por las juiciosas observaciones que VENEZIAN hace en este número.]

atender a lo que hayan hecho los anteriores dueños, y, para disfrutar de las minas en explotación que constituyan el objeto de su derecho, emplear en la extracción de los minerales elementos mayores de trabajo y máquinas más poderosas, corriendo el albur de que, profundizando las labores, se encuentre con filones de más fácil acceso o de extracción más aconsejable, y pudiendo elegir, entre los que cuenta la mina, aquellos que den un producto más remunerador (1). Un límite a su disfrute, y garantía natural de los intereses del dueño, lo da la circunstancia, ya indicada, de que para ampliar la explotación se requiere la inversión de ingentes capitales, que no aporta al negocio sino el que tiene la seguridad de poderlos amortizar con una inversión bastante duradera (2). La garantía jurídica está únicamente en la responsabilidad que puede contraer desde luego el usufructuario si por los procedimientos que emplee para la extracción de los minerales compromete las obras preparadas o las que sucesivamente puedan comenzarse para continuar la explotación de yacimientos posteriores (3).

286. El régimen del usufructo de los rebaños es más seguro y sencillo en sus líneas fundamentales. Como en los montes y en las minas, también aquí sucede que, disfrutando según lo haría el propietario, el titular de aquel derecho puede apropiarse parte de la cosa misma sobre la que está constituído el usufructo, y no sólo los *capita demortua*, sino los *inutilia*, es decir, las cabezas que puede

(1) En las minas de filones metalíferos es sumamente variable la riqueza de mineral: a veces, después de obtener un tanto por ciento muy escaso de metal, se encuentra una proporción altísima, que en muchas ocasiones vuelve a desaparecer para dejar paso a otra zona pobre; EINAUDI, *op. cit.*, pág. 216. Aún son más rápidas y frecuentes las vicisitudes que se experimentan en las minas diamantíferas del Cabo, en que al terreno amarillo muy suelto, sucede de improviso el terreno azul, duro y lento en disgregarse; v. la misma obra, pág. 287. Esto explica que al arrendar las minas, se prohiba al explotador abandonarlas, o se exijan ciertas condiciones y términos rigurosos para que el abandono se permita; *ibid.*, pág. 108.

(2) De aquí que el comprometerse a explotar una mina por medio de un arrendamiento, no sea posible, económicamente, más que en casos de larga o larguísima duración; ob. cit., págs. 107 y sigs., y v. también, págs. 61 y sigs.

(3) V. en el dictamen de MAZZUOLI que la mencionada obra cita en su página 62, la descripción de lo que se ha llamado «explotación de rapiña en las sulfataras»; v. también ps. 109 y ss. De las cuestiones estudiadas en este número, no se ha ocupado hasta ahora nadie, que yo sepa.

ser más conveniente enajenar que conservar, porque, a semejanza de lo que ocurre con los árboles en los montes, han alcanzado el límite de su plenitud de vida; también ocurre aquí lo que sucede en los montes, o sea que la función desempeñada en el rebaño por los animales de que el usufructuario se adueña, los sustitutos la suplen en forma que en el momento de la sustitución no hayan alcanzado acaso el mismo grado de desarrollo; de suerte que si viniera a extinguirse entonces el usufructo, resultaría algo modificada la calidad de los elementos y, por consiguiente, el valor del conjunto. Pero si los mismos elementos pueden, en momentos distintos, ser sustancia y fruto de la cosa; si no puede aplicarse inmediata y uniformemente el régimen jurídico de los frutos a lo que constituye económicamente los frutos del rebaño, que es cuanto excede de las necesidades de su reposición, la distinta individualidad de los animales que forman parte de la universalidad rebaño y de su aumento, facilita el camino para determinar la posición jurídica en las varias fases del disfrute, tomando como base aquel concepto económico. No podemos adherirnos a la teoría que prescinde de aquel concepto y pretende resolver la universalidad del rebaño en un usufructo modificado por un poder de disposición sobre sus varios elementos singulares (1); pero también ha de rechazarse aquella otra teoría que, para que coincida el vínculo jurídico con el económico, deja incierta la posición jurídica de los animales y la relación de propiedad sobre ellos hasta que se realice la agregación, que es en sí cosa insegura (2); y es incierto por sí mismo, porque no conviene limitar el concepto de agregación a la *summissio* en sentido propio, al destino de los animales a la función reproductora; la agregación puede ser anterior al momento en que tengan aptitud los animales para esta función, y por lo común el usufructuario tiene unidos al rebaño, y los confía a la misma guarda, y los envía juntos a pastar, animales de que se ha adueñado y de que puede disponer.

Para llegar a una solución clara, es necesario distinguir en el goce del usufructo las fases distintas y los diversos períodos fructíferos. Mientras queden en el rebaño las cabezas que originariamente lo componían, todas las crías que nazcan pertenecen en propiedad y como frutos al usufructuario (3). Tiene, sí, el derecho, y la

(1) KOHLER, *Dispositionsniessbr.* (ya citado), págs. 221 y sigs.

(2) PETRAZYCKI, § 7.

(3) Razonando con arreglo a la lógica y no con sujeción a los textos. En efecto, dice POMP., 69 *de us.* VII, 1, *alioquin quod nascitur fructuarii est;* pero

obligación juntamente, de proveer (dentro de los recursos que ellos mismos le suministren), al remozamiento del rebaño, y lo realiza con la sustitución de los animales más viejos, de modo que cuando los haya reemplazado, puede apropiárselos como frutos del rebaño (1). Hayan sido o no sustituídos, siempre que disminuya por un accidente fortuito el número de cabezas de que primitivamente constaba el rebaño, todos los que nazcan ocupan el lugar de los muertos y está prohibido al usufructuario el adueñarse de ellos porque inmediatamente que nacen devienen propiedad del dueño del rebaño. Esta relación únicamente puede modificarse con posterioridad si el usufructuario sustituye estas nuevas partes constitutivas con otros elementos, que puede buscar fuera, aunque no está obligado a ello. En ninguno de estos dos casos hay incertidumbre en cuanto a la relación de propiedad, y menos aún cabe que dure desde su definitiva agregación. Se determina necesariamente y de un modo natural en ambos la relación de propiedad, pero sucesivamente es susceptible de modificarse mediante el hecho de la agregación y de la sustitución. Sólo hay un caso que puede motivar esa incertidumbre: cuando no haya posibilidad de resolver si los nacimientos han cubierto alguna baja por no poderse determinar la prioridad de aquéllos. ¿Qué cabezas de las nacidas al mismo tiempo en número superior a las bajas ocurridas en el rebaño corresponden al usufructuario y cuáles al dueño? A este caso se

---

yo no sé si es del todo convincente la interpretación que de este pasaje hace FADDA (en las notas a WINDSCHEID, varias veces citadas, pág. 77), en el sentido de que POMPONIO, después de haber resuelto el caso de crías nacidas estando incompleto el rebaño, distinga claramente con el *alioquin* el caso contrario. La primera hipótesis de que se habla es la *summissio* respecto a los *inutilia* y no se puede considerar incompleto el rebaño porque haya reses inútiles, esto es, que conviene sustituír. En términos categóricos decide, por el contrario, ULPIANO (70, § 4 *eodem*): *quae pleno grege edita sunt ad fructuarium pertinere.* Y si bien continúa diciendo *sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario,* esto no significa que él esté obligado a *summittere* los ya nacidos y que haya hecho suyos a consecuencia de pérdidas anteriores, sino que no podrá en absoluto adueñarse de las crías futuras. V. para esta interpretación el estudio de BENDIXEN, *d. Niessbr. an einer Heerde,* § 7.

(1) Así resulta decidido con mayor claridad en el pasaje citado de POMPONIO: *Ut post substituta fiant propria* (los *difunta,* pero sobre todo los *inutilia) fructuarii, ne lucro ea res* (la *summissio) cedat domino. Et sicum substituta* (los que ha agregado en lugar de los *inutilia) statin domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse.*

refiere la notable sentencia de JULIANO que en tal hipótesis reconoce que la propiedad está en suspenso hasta la *submissio, ut si summittantur sint proprietarii, si non summittantur fructuarii;* suspensión que no ocasiona las ordinarias consecuencias dañosas de la incertidumbre del dominio, porque la muerte de alguno de los nacidos, que los hace inaptos a la *submissio,* se pone a cargo del usufructuario (1) y la homogeneidad de las cabezas para las cuales es incierta la pretensión, priva de influjo, respecto a los intereses del propietario y del usufructuario, la actuación de reclamaciones que puedan establecer los acreedores de uno y de otro (2).

287. Si el usufructuario modifica la sustancia de la cosa, queda obligado a resarcir los daños que pueda sufrir el dueño, y la importancia de este resarcimiento se fija, en general, por la diferencia entre la posición patrimonial que tendría el propietario si el usufructuario se hubiese mantenido dentro de los límites del disfrute, y la que le crean sus demasías, expresada dicha diferencia en su valor pecuniario. Únicamente cuando el usufructuario invada de manera ilegítima el campo reservado a la actividad del propietario, alzando una construcción o realizando una obra cualquiera que pueda ser demolida, puede el dueño destruirla a costa de aquél, según prevé el artículo 1.222 (a), que señala los efectos de las obligaciones de no hacer. Pero tampoco es cierto que el propietario pueda exigir la reposición de la cosa a las condiciones en que se hallaba antes de los desafueros del usufructuario o a la en que sin ellos estaría. La primera y principal obligación que la ley asocia a la constitución misma del usufructo queda incumplida si se altera la sustancia, bien por el modo en que el usufructuario haya usado de la cosa, bien por las medidas que haya tomado para procurarse un goce que le resultara más conveniente; la reposición no reviste el carácter de un cumplimiento realizado en forma específica, sino de

(1) *Si decesserit fetus periculum erit fructuarii non proprietarii, et necesse habebit alios fetus summittere.* ULP., 70, § 2, *eodem.*

(2) Para los ulteriores desenvolvimientos, v. la nota ya citada de FADDA, así como para la interpretación del art. 616 del Código Napoleón, correspondiente a nuestro 513, pero en que la obligación de *remplacement jusqu'à concurrence du croît* no se limita expresamente con la frase «después que el rebaño o ganado comenzara a tener menor número de cabezas de las primitivas». PROUDHON, 1.091 y sigs.

(a) [Art. 1.099 del Cód. esp.]

una sustitución del cumplimiento mismo, y según el principio fundamental del artículo 1.215, la falta de cumplimiento exacto de la prestación adeudada no engendra otra sustitución que el resarcimiento de daños y el permiso para demoler lo que se haya ejecutado contraviniendo la obligación de no hacer (a).

En rigor, también podemos ver en la demolición un sustitutivo del cumplimiento; la demolición posterior no puede borrar la previa existencia de la construcción ilegal, ni que, por consiguiente, haya sido incumplida la prestación negativa debida. Pero es, sin embargo, un sustitutivo que en sus resultados se aproxima mucho al cumplimiento, porque no hay ya manera alguna de reposición que pueda procurar al propietario la cosa misma que tenía derecho a recibir del usufructuario, sino una más o menos semejante a ella; para apreciar cómo la ley ve en la reposición, por comparación con el resarcimiento de daños, un *quid minus*, basta observar que expresamente reserva el derecho de resarcimiento a quien ejercita la facultad de demolición (b). Por otra parte, pudiera ser que la reposición ocasionase un quebranto muy superior al resarcimiento y, por consiguiente, al interés que el propietario tiene en recobrar la cosa sin alteración de la sustancia; interés que la ley debe proteger. Piénsese en el caso de que el usufructuario haya convertido arbitrariamente un almacén en casa habitación o un terreno de cultivo de secano en tierras preparadas para el riego, o que se haya privado de agua a un arrozal. De todas suertes, habría que recurrir, necesariamente, a un sucedáneo de la reposición cuando ésta fuera imposible, y ese sucedáneo posterior no puede consistir en otra cosa que en el resarcimiento del daño. ¿Cómo podría justificarse que a causa de esa imposibilidad se liberase de una mayor carga al responsable? Y si los progresos técnicos van reduciendo los límites de lo imposible, ¿cómo justificar que el responsable quede expuesto a un mayor agravio si a la imposibilidad viene a sustituír una mera dificultad que pueda superarse mediante un gasto?

Creo casi inútil recordar que los conceptos de daño y resarcimiento son esencialmente relativos a la persona o, si se quiere, al patrimonio, y que, por consiguiente, no falta razón para reobrar con-

(a) [El Derecho español autoriza también la destrucción de lo hecho en contravención de las obligaciones de hacer (art. 1.098, párr. último).]

(b) [Aunque el Cód. esp. no haga esa reserva expresa, puede también admitirse dentro de él la compatibilidad entre la destrucción de lo indebidamente hecho y la indemnización de daños y perjuicios.]

tra aquellas abusivas alteraciones que hayan conservado íntegro o aumentado el valor en cambio de la cosa (1). El aumento del valor realizado con la transformación de la cosa, la sustrae a la función que desempeñaba o podía desempeñar en la economía del propietario, y se resuelve en un menoscabo patrimonial, que no difiere del que ocasionaría un deterioro de los bienes. Existe daño también por el hecho de necesitar sufrir un sacrificio patrimonial a fin de obtener una comodidad o un placer; y el usufructuario que a fin de aumentar la renta o de acrecer el valor venal de la cosa usufructuada la convierte, de objeto de placer en medio de lucro (como si convierte, por ejemplo, en huerto un jardín o en viñedo un parque), está obligado a reparar este daño. Pero para valorarlo hay que tomar en consideración el aumento patrimonial que haya producido la arbitrariedad del usufructuario y sustraer el valor de la cosa transformada de lo que pueda costar sustituirla con otra que desempeñe igual función que la que tenía antes de ser transformada; si en algún caso el aumento de valor de la cosa transformada cubre el gasto de sustitución, es muy posible que para procurar una cosa de la misma clase que la primitiva (y, tratándose de inmuebles, en estado conveniente para el uso a que era destinada), haya que sostener unos gastos superiores al precio de la cosa aumentado de valor. Sólo pueden igualarse el resarcimiento y el coste de reposición siempre que, siendo ésta posible, esté justificado un interés del propietario en preferirla a cualquiera otra, porque únicamente de la cosa primitiva pueda él obtener aquella utilidad que no podría procurarle otra de la misma clase. Si no se dan estas dos condiciones, no hay que maravillarse de que la transformación arbitraria no engendre un derecho a ser resarcido, todo vez que al propietario, sin sacrificio alguno, se le autoriza a recuperar una posición patrimonial idéntica a la que tendría si aquella modificación no se hubiera realizado; y la protección de su interés no puede convertirse en motivo de especulación autorizándole a despreciar el mayor valor incorporado a su patrimonio por el acto arbitrario del usufructuario. Puede ocurrir también que no sea útil ni conveniente la sustitución, y que, por tanto, esté justificado el resarcimiento, no obstante el mayor

(1) Una clara afirmación de esta tesis la tenemos en el pasaje de PAULO relativo a los límites que la existencia del uso implica en cuanto a los derechos de disposición del propietario: *deteriorem causam usuarii facere non potest, facit autem deteriorem etiam in meliorem statum commutata;* l. 23, *de usu.*, VII, 8.

valor adquirido por la cosa, si a consecuencia del trastorno operado en la economía del propietario, se ve éste obligado a desplegar su actividad en una cosa distinta de la que antes tenía, y a solicitar la cooperación de otro trabajo y de otro capital (1).

Resulta de todo lo anterior que contra las extralimitaciones del usufructuario el dueño no está *materialmente* protegido de modo distinto del que lo está contra las intrusiones ilícitas de un tercero con el que no tuviera vínculo anterior obligatorio, prescindiendo, naturalmente, del caso en que contra las expectativas del propietario se amparen las del poseedor, que puede alegar una excepción, fundada en su buena fe, para eximirse de toda responsabilidad, bien

---

(1) En oposición directa con esta conclusión, el § 995 del primer Proyecto de Código alemán establecía en términos taxativos la obligación del usufructuario de reponer las cosas a su primitivo estado. Y según los *Motive*, había querido ponerse fuera de toda duda que tal obligación persistía aun cuando el cambio introducido no implicase ningún daño. Cuando no fuera posible de hecho volver las cosas a su situación originaria, la expresada norma carecería de sanción, ya que al ser imposible la prestación reclamable al deudor, éste no podía quedar obligado sino en la medida del daño producido. Dicho precepto tiene un precedente doctrinal en la teoría de ELVERS, *Servitutenl.*, págs. 476 y sigs., según el cual la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio* ofrece el recurso, que no se podría hallar ni en la *aquiliana* ni en otras acciones extracontractuales, de reaccionar contra alteraciones que no hubieran disminuído el valor de la cosa; de todo lo cual hablaremos más adelante. Esta enseñanza, inexacta, y que parte del grave error de contraponer al daño de la cosa el perjuicio del propietario, no sirve a ELVERS para deducir, sin embargo, consecuencias que deban rechazarse, pues hace al usufructuario responsable en los límites de la diferencia que medie entre el valor de la cosa transformada y el importe de la sustitución. Por el contrario, MOMMSEN *(Beitr. z. L. v. Interesse*, § 14), aunque se refiere a ELVERS, afirma incidentalmente que la acción del propietario no tiene por objeto el *id quod interest*, sino la reposición de los bienes a su estado primitivo. De todas suertes, el precepto del antiguo § 995 desapareció completamente al formularse la redacción definitiva del texto; pero en el § 249 se mantiene el principio de que la reparación del daño ha de consistir, siempre que sea posible, en la reposición de las cosas a su estado anterior. En contra de este criterio v. el eficaz ataque de DEGENKOLB, *Inhalt v. Schadenersatz*, en el *Archiv. f. civ. Pr.*, LXXVI, 1. Cierto que al aplicar dicha disposición, no se incurrirá en la incoherencia a que hemos aludido con respecto al § 995 del Proyecto, ya que se considera el daño como supuesto único de la sanción reparadora, y cuando no sea posible reponer las cosas a su ser inicial, se admite el pago de una prestación pecuniaria; pero la protección que ésta representa excede, asimismo, de lo que exigiría una reintegración jurídica.

por menoscabo, bien por modificaciones. Contra el poseedor que no obre de buena fe, como contra el tercero que, sin tener la posesión de la cosa, haya puesto mano en ella para cualquier fin, sustrayendo, agregando o cambiando algo, a pesar del derecho del propietario a impedir que se ejerza en la cosa otra actividad que la suya, puede éste reclamar el resarcimiento de los daños que le sobrevengan, aunque en definitiva se la haya mejorado o aumentado de valor. Aun en el Derecho romano, en el que la idea de responsabilidad se fué lentamente desarrollando a base y con el germen de las formas de reacción que la tutela social primitiva dispuso contra aquellas agresiones que más directa y vivamente impresionaban la conciencia pública, no faltan, con respecto a las transformaciones que aumentan relativamente la utilidad de la cosa (1), aplicaciones de la *actio legis Aquiliæ* y del concepto del *damnum datum*, que, a través de la *actio directa*, de la *actio utilis* y de la *actio in factum*, se había ensanchado, rebasando el primitivo del *damnum corpori corpore datum*. Con más motivo hay que reconocer, independientemente de la obligación de conservar la sustancia de la cosa, que cualquiera alteración que dañe al dueño debe sancionarse con lo dispuesto en general por el artículo 1.151 (a), al paso que no hay texto apropiado ni razón que alegar si no medió daño (2).

---

(1) V. especialmente ULP., 50 *ad l. Aq.*, IX, 2; cfr. también ULP., 27, § 28, *eod.*; de este modo puede uno sentirse perplejo respecto a la aplicabilidad de uno u otro remedio extracontractual, pero no acerca de la existencia de un recurso.

(a) [Art. 1.902 del Cód. esp.]

(2) El mismo ELVERS, *loc. cit.*, reconoce que no hay apoyo directo en las fuentes para una aplicación de la *actio ex stipulatu* cuando la transformación de la cosa no haya causado daño alguno, si bien él cree que puede derivarse un argumento indirecto de ULP., 16, § 1, *quod vi aut clam*, XLIII, 24, en que se reconoce la obligación de restablecer el estado de cosas alterado de modo violento o clandestino, incluso cuando la alteración no haya aminorado el valor de la cosa, sino producido una simple privación de alguna comodidad o recreo; el actor tiene interés en reclamar, aunque el hecho clandestinamente realizado no le haya empobrecido. Todo su razonamiento gira en torno al error fundamental de distinguir entre un daño de los bienes y un daño de la persona. Cuando se trata de conservar una comodidad o un elemento de recreo que cabe adquirir mediante un sacrificio pecuniario, se tiene un interés patrimonial que asciende exactamente al importe o cuantía de dicho sacrificio, y la privación sufrida representa un daño equivalente a tal importe; daño mayor en el caso de que vaya unida una minoración del valor de la cosa, y, en cambio, daño menor, si va

No es menos notable la diversidad *formal* de la protección concedida al dueño contra el usufructuario, que puede ser causa de que se le infiera un daño mayor que el procedente de terceras personas, toda vez que está en situación de poder menoscabar la cosa sin saberlo el primero para salir en su defensa. En primer lugar, como el fundamento de la reacción contra el tercero está en el hecho ilícito de éste, debe procurar la prueba de él el dueño, en tanto que la prueba del anterior estado de la cosa, que por lo común resulta del inventario, le basta para conseguir que se condene al usufructuario, y éste, si quiere rehuír la condena, debe probar que el cambio ha obedecido a caso fortuito o a obra de un tercero por cuyos actos no sea responsable (1). En segundo lugar, el propietario puede haber perdido el derecho a proceder contra la intrusión del tercero que nace cuando ésta ocurre, y si todavía puede ejercer la acción reivindicatoria, ha de resignarse a recuperar la cosa modificada o menoscabada. Por el contrario, aunque nace y comienza a prescribir la acción del propietario contra el usufructuario también en el momento mismo en que se realiza la alteración, independientemente de ella tiene el propietario derecho para recobrar intacta la cosa al terminar el usufructo, y por tanto, si la devuelve modificada, puede pedir el resarcimiento de daños (2).

---

acompañado de un aumento de valor que pueda perdurar, una vez recuperada la comodidad perdida.

(1) Cuando se discuta si con la modificación arbitrariamente efectuada se ha causado un daño al propietario, corresponde a éste probarlo, ya que su acción se funda en la existencia misma del daño (en el significado lato que resulta de las indicaciones precedentes y muy en especial de las consignadas en la última nota). En esto radica la diferencia práctica entre la tesis que defendemos y la sostenida por la doctrina predominante, según la cual el propietario podría en rigor accionar contra modificaciones arbitrarias que no lesionen ningún interés suyo apreciable; caso en que no se pediría que se condenara al usufructuario a una indemnización que no cabe fijar por falta de elementos, sino que se solicitaría la aplicación de aquella sanción extrema que contra los abusos del usufructuario representa la extinción de su derecho. De esta manera se eliminan las consecuencias que repugnaban al sentido jurídico de LAURENT, *Princ.*, VI, 482, sin desnaturalizar por ello el usufructo ni consentir al usufructuario una libertad de acción incompatible con los intereses de la propiedad, cuya defensa se lleva hasta las más remotas derivaciones, pero en tanto en cuanto sean susceptibles de un eficaz control objetivo.

(2) Esta duplicación de acciones la refiere ULPIANO a la *cautio*, sustituída en el Derecho vigente por la obligación legal del usufructuario: *Habet*

Por otra parte, con la acción primeramente aludida, el dueño no puede aspirar a conseguir un resarcimiento inmediato, sino sólo que se le garantice que habrá de satisfacérsele el importe del mismo al concluír el usufructo, salvo que en razón a la gravedad de los abusos cometidos por el usufructuario, pida que se le imponga otra sanción y que se declare extinguido su derecho. La cuantía de la responsabilidad del usufructuario sólo puede fijarse en realidad contemplando el total resultado de su gestión (1), y por ello no puede pedir el propietario, durante el usufructo, que se incorpore a su patrimonio el montante del deterioro de la cosa usufructuada, pues lograría una renta que corresponde siempre al usufructuario (2).

288. Pero si el derecho de ser con exclusión de toda otra persona *suae rei moderator ac arbiter* no cuenta con una acción perfecta, como quieren atribuirle algunos; si en su papel, contemporizador entre los intereses encontrados, la ley no llega a aplicar una sanción, que tendría el carácter de pena, al usufructuario que infrinja sus deberes en daño del propietario; si concede algún miramiento a las esperanzas que puede aquél haber concebido procediendo en la creencia de ejercitar su derecho y estando cierto de no perjudicar al dueño, siempre autoriza una sanción, indirecta y prácticamente más eficaz que la ampliación de responsabilidades, mediante la limitación del derecho a que se le abonen los gastos de mejoras. Cuando el usufructuario va agregando cosas a los bienes, los modifica para hacerlos más aptos a sus usos u obtener de ellos mayores beneficios y espera recuperar estas adiciones y cobrar su importe; si el propietario puede y quiere ejercitar su derecho a lo accedido, es natural que para ello se le imponga la condición de pagar al usufructuario el precio que podría éste obtener de ellas separándolas. Y es natural también que se valore la responsabilidad en que haya incurrido el usufructuario tomando en cuenta su conducta global durante todo el tiempo del usufructo y que no se le computen aquellos deterioros que están compensados con las mejoras hechas (3).

autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo, quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committetur, sequens committetur finito usufructu (l. 1, § 6, *usufr. quemadm.*, VII, 9).

(1) V. *infra*, n. 289 *i. f.*

(2) En tal sentido, Cas. Roma 5 enero 1895 (*Corte S. Roma*, 1895, 2, 168).

(3) Es natural, desde el punto de vista estrictamente jurídico, puesto que la responsabilidad del usufructuario se acomoda a la cuantía del daño, es decir,

Pero sean cuales fueren sus expensas por mejorar la cosa que ha de restituír al dueño, no puede contar con mayor indemnización de la que le procure el disfrute de la cosa mejorada durante el usufructo y lo que le produciría la recuperación de las adiciones. Su posición es muy distinta de la del mismo poseedor de mala fe, para quien la reivindicación que pone término a su posesión representa un hecho susceptible de prever, pero no inevitable y seguro en tanto que despliega sobre la cosa su actividad propia. Mas el pago al poseedor de las mejoras, al cual pago está obligado el dueño a tenor y en la proporción que señala el artículo 705 (a), siempre que no sean mejoras que agreguen a la cosa nuevos elementos susceptibles de ser retirados, y siempre que sobre las cosas unidas quiera ejercer su derecho de accesión, restablece el equilibrio entre los resultados económicos que perseguía el poseedor y los que produce la reivindicación. Si la ley en la misma medida reconociese al usufructuario un derecho al pago, iría más allá de las esperanzas que pueda concebir éste al ejercitar su actividad sobre la cosa usufructuada. Y la negativa a este pago constituye un obstáculo para que el usufructuario pueda obrar como si fuera verdadero dueño de la cosa, y para que altere su destino queriendo dar satisfacción a sus conveniencias propias y obrar según su criterio; no hay para él el derecho alternativo de ser resarcido o de ser compensado según que la modificación redunde en daño o en beneficio del propietario, sino únicamente la de soportar o esquivar la responsabilidad. Y este es el significado verdadero que resulta del *donasse videtur*, adoptado para justificar la negativa al reembolso, y que tan maltratado ha sido por una crítica superficial. Procede el usufructuario en su interés propio y sin intención de enriquecer al dueño; pero al aumentar el valor de la cosa perteneciente al patrimonio de éste con el costo de las mejoras, sabe o debe saber que para la parte no compensada por el mayor disfrute no ha de hallar el equivalente en un beneficio que acaso pueda obtener después de aquella restitución lógica de los bienes y que ha de hacer inexcusablemente, según le consta.

Ese principio, que con la exposición hecha anteriormente he tra-

---

de la disminución patrimonial sufrida por el dueño; es además consecuente con las consideraciones económicas a que aludo en la n. 1 de la pág. 362, ya que al no computar las mejoras, el propietario no corre los riesgos ni sufre las dificultades a que le expondría la obligación de indemnizar directamente lo gastado.

(a) [Art. 453, párr. 2.°, del Cód. esp.]

tado de explicar, está contenido en el artículo 495 (a), cuyo significado y alcance discuten vivamente la jurisprudencia y la doctrina. En contra de la interpretación que da un sentido más amplio al citado artículo 495, se alega ante todo el significado restringido de la palabra *mejoras*. Pero esta palabra carece de un significado técnico constante: en el artículo 1.966 (b) se emplea en oposición a las «construcciones y otras accesiones»; mas no cabe duda que en los artículos 1.021, 1.490, 1.566, 1.567 y 2.020, se usa comprendiendo en ella las plantaciones y construcciones nuevas. Claro que como ejemplo de las mejoras regladas en el citado artículo, no pueden citarse las anexiones de muebles para simple adorno, a que se refiere su párrafo último, que contiene una norma distinta sustancialmente de las anteriores. Y con la facultad reconocida expresamente de recobrar las adiciones hechas, en las condiciones que señala el párrafo 3.°, y no incondicionalmente como ocurre respecto a «los espejos, los cuadros y otros adornos», desaparece la duda de que el precepto esté limitado a lo que algunos escritores llaman «mejoras intrínsecas», o sea mejoras que pueden hacerse, o bien mediante una nueva disposición de los elementos que constituyen la cosa, o con la agregación de factores nuevos que se compenetran y confunden con los primitivos; las agregaciones susceptibles de ser retiradas deben tener el carácter de nuevos elementos que conserven o puedan recobrar su individualidad propia.

La distinción que hemos criticado se enlaza con otro error teórico más grave, a saber, el de separar los principios por que se rigen las consecuencias pasivas de la accesión, de una parte, y de otra los principios que regulan el reembolso de los gastos hechos sobre cosa ajena. Pero si bien el legislador ha creído conveniente reunir las normas sobre las consecuencias activas y pasivas de la accesión, es evidente que la accesión por adjunción, donde por mandato de la ley hay un cambio de propiedad, no constituye el fundamento jurídico de la obligación que surge para el propietario a cuyo favor se realiza; y si tenemos en cuenta que lo que la ley quiere es el traspaso formal de la propiedad, no la alteración material de la posición patrimonial, hay que buscar el fundamento de la obligación encaminada a remover tales dificultades en la ilegitimidad precisamente de esa alteración, en la que la pérdida y adquisición correlativas de

---

(a) [Cfr. el art. 487 del Cód. esp.]

(b) [El art. concordante de nuestro Cód. esp., que es el 1.877, contrapone, con más propiedad, las mejoras a las accesiones *naturales*.]

propiedad mediante agregación, no significa más que un caso particular. O en otros términos: el autor de obras en virtud de las cuales se aumente el objeto de la propiedad ajena y su valor, no deriva su derecho a que le compensen de la pérdida que sufre, del hecho de que haya ampliación de la propiedad ajena sobre nuevos elementos, pues tal extensión está justificada por ministerio de la ley; la fuente para la indemnización está en el beneficio patrimonial que obtiene el propietario, y su derecho no puede ser distinto del que le correspondería si a su costa hubiera proporcionado un beneficio patrimonial igual sin haber determinado con ello una ampliación de dicha propiedad.

Esta conclusión la confirma el examen de los textos sobre el particular, dejando a un lado, por ahora, el precepto discutido del artículo 495. El reconocimiento del derecho a compensación por los gastos que mejoran la cosa o aumentan su productividad o valor en cambio, está señalado con carácter general en el artículo 705 (a), en los casos en que no lo modifique ningún vínculo obligatorio anterior entre el propietario y el autor de los gastos. El artículo 1.150 (b) cita y remacha el mismo principio que se acerca más a una correcta situación sistemática, porque enlazando los efectos de la restitución con los del pago de lo indebido, toma en cuenta a más del enriquecimiento injusto obtenido por el receptor a expensas del que entrega, el logrado por quien recobra a expensas del que restituye; sólo varía en cuanto a su expresión la norma que aplica el artículo 450 (c) a aquel caso particular de los gastos que producen una adquisición por accesión, porque autorizar a elegir al propietario del fundo entre el pago del valor de los materiales y el precio de la mano de obra, o bien el aumento de valor, equivale justamente a asegurar al acreedor el derecho a obtener la cantidad menor que resulta entre lo gastado y la mejora (d). El derecho que el propietario tiene frente al poseedor de mala fe de renunciar a la accesión y obligarle a retirar lo invertido en el fundo, no es restringir la obligación que le

(a) [Cfr. arts. 453 y sigs. del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.898 del Cód. esp.]

(c) [Cfr. art. 361 del Cód. esp.]

(d) [El T. S. español no interpreta de acuerdo con esta doctrina nuestro art. 361, pues tiene declarado que, en el caso de este artículo, la opción que se da al dueño es sólo la que en el mismo se declara, no la del párr. 2.° del 453, y, por tanto, no cabe pedir el aumento de valor que la cosa haya adquirido (S.ª 13 abril 1912).]

incumbe de pagar las expensas útiles, sino una potestad dada al dueño para robustecer su protección, y que le permite juzgar libremente acerca de la utilidad de las obras cuando sea posible retirar las ejecutadas. Por consiguiente, y frente al poseedor de mala fe, no está obligado a pagar las accesiones y satisfacer otros gastos útiles en proporción distinta y por diversas razones, sino a pagar, en cuanto las considere útiles, aquellas accesiones que sean susceptibles de ser retiradas.

No es cierto que el propietario que quiera conservar las accesiones esté obligado, en los límites que señala el artículo 450, a indemnizar por ellas, independientemente del carácter que tengan los gastos que para aquéllas se hayan realizado, y, por consiguiente, aun cuando en vez de útiles pudieran calificarse de necesarias o voluptuarias. Las expensas de lujo, o según la definición más acertada, que no puede formularse sino negativamente, las que no produzcan un aumento de valor de la cosa, quedan fuera de los límites del párrafo 3.º del artículo 450, aun cuando ocasionen una adquisición por accesión, a virtud de que el aumento de valor constituye la condición y el límite de la obligación que hay de abonarlas. Del artículo 1.150, se induce legítimamente el principio general en que se funda la obligación de abonar por completo aquellas expensas que fueran necesarias a fin de conservar la cosa en las condiciones y para la función a que está destinada, y este principio hay que aplicarlo también cuando no se trate de simples reparaciones o reconstrucciones, sino de obras exigidas para evitar peligros que puedan sobrevenir (1).

---

(1) Así lo sostiene DEMOLOMBE, IX, 686. En sentido contrario opina F. S. BIANCHI (IX, 2, 227 a 231) que considera aplicable el precepto del artículo 450, incluso a las obras nuevas efectuadas por el poseedor, para impedir que se pierda o deteriore la cosa. Pone el ejemplo de un muro que se hubiera levantado para prevenir los peligros de incendio dimanantes de una fábrica vecina, o el de las defensas practicadas para evitar que un río arrastre las tierras; y establece la contraposición entre estas obras y las simples reparaciones o reconstrucciones; pero no advierte que el ser nueva la obra, no constituye, en realidad, un motivo para que la accesión se verifique; ya que si en vez de coordinar las normas de este artículo con los demás principios de la ley, se quisiera que aquéllas tuvieran imperio exclusivo sobre todas las consecuencias de la accesión, sería forzoso admitir que el propietario, cuando no quiera indemnizar, está facultado para demoler el muro reconstruído o el dique reparado. A propósito del resarcimiento de los gastos merecen meditarse las consideraciones de que arranca PETRAZYCKI (*L. v. Einkommen*, I, apéndice) para criticar vivamente las dis-

La defensa del dueño se debilita frente al poseedor de buena fe, quien tiene derecho al reembolso en igual medida que el poseedor de mala fe, pero sin que el propietario pueda erigirse en árbitro para juzgar de la utilidad de las expensas; y los derechos de quien ha hecho los gastos en cosa propia, aun con la probabilidad de que

---

posiciones del Cód. alemán que han dado la mayor amplitud al principio de dicho resarcimiento. La necesidad y la utilidad de las expensas no pueden evaluarse sino teniendo en cuenta qué función tiene asignada la cosa sobre que recaen o qué resultados producen aquéllas en la economía a que los bienes pertenecen. (Como observa RICCOBONO en su interesante estudio *Sulla distinzione delle impensae*, en el *Arch. giur.*, LVIII, ya BARTOLO, al comentar la l. 1 D. *de impens.*, XXV, 1, había afirmado que el concepto de necesidad en materia de expensas debía darse *ex parte rei et ex parte personae)*. Ahora bien, cuando el disfrute de la cosa pasa de unas manos a otras, las impensas necesarias facilitan y simplifican la actuación del sucesor, puesto que permiten conservar y asegurar la función que a los bienes correspondía y se suprimen aquellos obstáculos que impedían utilizarlos; pero en cambio, en tales casos, las impensas útiles tienen por lo común un efecto contrario, ya que, suponiendo un ensanchamiento y una ampliación de las funciones atribuídas a la cosa, y una variación de las propiedades que ella poseía, exigen del sucesor capitales, energías y conocimientos técnicos mayores y distintos. En segundo lugar, la extensión de las impensas necesarias queda bien determinada y circunscrita por las condiciones en que el objeto se halla; no influyen en ellas las opiniones y tendencias personales del individuo que las realiza, toda vez que el gasto viene impuesto por la conservación del empleo útil de los bienes con arreglo al destino que tenían asignado. En cambio, no hay límite objetivo ninguno cuando se trata de impensas útiles; sobre un fundo puede montarse una fábrica cuyo valor rebase con mucho el del predio, y el sucesor en el disfrute puede carecer de medios para resarcir el importe de lo hecho, o acaso no logre pagar sino contrayendo deudas o privándose del capital que sería indispensable para atender a las nuevas exigencias del negocio. En tercer lugar, el provecho que se deriva de las impensas necesarias, esto es, de conservación, es proporcionalmente mayor que el producido por las impensas útiles, es decir, las de extensión; porque aquéllas, reparando los defectos que tuviera uno de los órganos de producción, aumentan la productividad de todos los que con él estaban coordinados; mientras que las impensas útiles traen consigo aquella ganancia modesta que suele ser complemento de la instalación de una empresa nueva o de un nuevo método de disfrute. De este razonamiento se desprende la conveniencia de favorecer cuanto sea posible las impensas necesarias, garantizando su abono a quien posee la cosa ajena; pero cuando se trata de impensas útiles, es preciso proceder con la mayor cautela si se quiere evitar una desorganización de la economía privada y se desea que quien sucede a otro en el goce de los bienes no sea víctima de los caprichos o abusos que cometiera su antecesor. Únicamente cuando los gastos se realizan por quien tiene el conven-

haya de restituirla en determinadas circunstancias, como le ocurre al donatario obligado a colación (arts. 1.018 y siguientes), al comprador obligado a la evicción (art. 1.490), al comprador con pacto de retraer (art. 1.528) (a), están robustecidos, y asegurado en términos absolutos el reembolso hasta cubrir el importe del aumento, no sólo hasta cubrir la suma, acaso menor, resultante al comparar lo gastado y lo mejorado. Igual amplitud tiene el derecho del enfiteuta para con el señor directo, en las circunstancias normales, pero queda reducido si la resolución de la enfiteusis se anticipa por su culpa (art. 1.566) (b), e igualmente queda reducido con la separación del precio de subasta, el derecho del tercer adquirente de un inmueble hipotecado (art. 2.020).

En todos estos casos, como con el enriquecimiento de quien era (1) y de quien vuelve a ser (2) propietario de la cosa mejorada, nace la obligación de pagar lo gastado, tanto si la accesión es el medio de enriquecimiento, como si no lo es; e igualmente si se comprueba, como si no se comprueba la accesión, queda con ello reducida la obligación de pagar respecto al usufructuario: el enriquecimiento procurado por quien mejoraba la cosa en la creencia de que era suya propia o que sobre ella tenía en efecto un derecho de disponer libremente o esperaba adquirirlo, es un enriquecimiento sin causa; pero cabe remitirse a la voluntad del usufructuario cuando se trata del que se obtiene por virtud de las expensas hechas sobre cosa que sabía debía restituír; y en esta voluntad podemos encontrar la correspondiente causa. Indudablemente esto depende en parte de la ley, que asocia a ciertos actos determinados efectos, la posibilidad de representárselos y por consiguiente la comprensión de la voluntad de quien los realiza; si la ley negase al comprador con pacto de retro el derecho a reembolso de las mejoras, habría que decir que mejorando quería enriquecer al vendedor, una vez llegado el caso eventual del rescate. Pero semejante regulación del vínculo, que conviene a la función de garantía que tiene la venta con pacto de

---

cimiento de trabajar sobre cosa propia, es cuando desaparece el peligro apuntado, y puede asegurarse que se indemnizarán siempre las mejoras, suprimiendo rémoras y obstáculos a su realización.

(a) [Cfr. art. 1.518 y 1.525 del Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 1.652 del Cód. esp.]

(1) En el último caso, de los acreedores, como causahabientes del propietario.

(2) En el segundo caso, de los herederos, como causahabientes del donante.

retro, si vinculase la actividad del comprador, no sería congruente con la investidura que le da de la propiedad. En cambio, si la ley reconociese al usufructuario el derecho al pago, a virtud de esta expectativa, las mejoras, de realizarse, vendrían a contraponerse a los actos a título gratuito; pero la formación de tales expectativas y, por consiguiente, el hacer que el usufructuario pueda entrever o un beneficio o la falta de un daño patrimonial si infringe la obligación de conservar intacta la sustancia de la cosa, permitiría que obrase como dueño subvirtiendo la economía del propietario, y ofrecería una manifiesta incompatibilidad con la posición jurídica que corresponde al usufructo. Distinta, pero no menor sería la incongruencia si, negando el pago de las mejoras que no producen accesión, se dejase expuesto al usufructuario a perder las cuantiosas sumas invertidas en el notable aumento de valor dado a la cosa (piénsese en el alcantarillado de una finca, en el saneamiento de unos terrenos palúdicos); y en cambio, y fundado en los «principios generales» se le reconociese derecho a obtenerla cuando el propietario tenga posibilidad de mantener la obra e interés en conservarla. La única variación que hay entre el caso de que la mejora consista en una obra susceptible de ser retirada y el de que se confunda completamente con la cosa mejorada, consiste en la esperanza que hay en el primer caso de que el usufructuario obtenga algún beneficio retirando la mejora, y por ello es legítimo asegurarle este beneficio con respecto al derecho preferente del propietario a utilizar la accesión (1). El reconocimiento que hace el artículo 495 del derecho al pago dentro de los límites de este beneficio (2) borra una

(1) Sin contar con que el interés por la conservación no puede ser proporcional al aumento de valor; y por ello, mientras que se equipara la posición del usufructuario con respecto a las mejoras que pueden o no retirarse, el propietario no se ve en la dura alternativa de destruír una utilidad positiva o someterse al pago de una indemnización superior al beneficio que aquélla represente para él.

(2) El límite fué suprimido en el Proyecto PISANELLI del Código civil y fué restablecido por la Comisión del Senado en la forma en que se encontraba en el Código Albertino (en el dictamen del Senado, ed. GIANZANA, pág. 265). La equiparación propuesta en el primer Proyecto entre el usufructuario y el tercero que mejora, da un argumento distinto para demostrar que se quiso un trato diferente, según hemos sostenido. En buena lógica sería preciso equiparar la posición del usufructuario a la del inquilino (siempre, naturalmente, que no mediaran estipulaciones especiales, expresas o implícitas, en punto a las mejoras). Y prescindiendo de los derechos que el arrendatario pudiera ejercitar

consecuencia verdaderamente injusta que contiene el artículo 599 del Código francés al rechazar por completo el reembolso y priva del auxiliar más eficaz para salir de la interpretación literal de la ley y buscar fuera de ella la norma que debe regular la relación que surge para el usufructuario con motivo de la nueva obra.

289. Y vamos ahora a completar el análisis de las disposiciones discutidas.

Dejemos a un lado, ante todo, el precepto contenido en el último apartado. La unión de cosas muebles para el simple adorno o complemento no quiere decir que se incorporen al inmueble, y como los muebles que se incorporan son denominados inmuebles únicamente por el destino que les ha dado el propietario del fundo, debe rechazarse que adquieran tal carácter por el destino necesariamente temporal que les da el usufructuario, y más aún que el dueño los adquiera a virtud de accesión (1). Por lo tanto, ninguna necesidad habría de declaración expresa del derecho del usufructuario a recobrar estas cosas en las que persiste el carácter de muebles de su propiedad, no obstante su unión física al inmueble; esto no obstante, es un deber de dicho usufructuario correlativo al derecho anterior, el de reponer el inmueble al estado que tenía al realizarse la unión.

Una agregación de esta naturaleza entra en las facultades corrientes del usufructuario y no determina transformación alguna sustancial de la cosa usufructuada; pero hay un extremo importante del que no suele ocuparse nadie, y consiste en que aun las verda-

---

basándose en la extensión del concepto de impensas necesarias a que se hace referencia en la n. 1 de la pág. 362, se lograría la ventaja, que unos y otros esperan de una futura reforma legislativa, de que se estableciera compensación entre mejoras y desperfectos. Tal compensación fué admitida ya por el Trib. de Apel. de Roma en 30 de abril de 1896 (*Temi rom.*, 1896, 234). Lo contrario es, sin embargo, lo que prevalece en el terreno jurisprudencial, pues suele concederse al inquilino derecho a percibir el importe de las mejoras, o bien con el límite de la suma menor entre lo gastado y lo mejorado, o bien dentro del margen que establezca convencionalmente la amenaza de ejercitar el *jus tollendi* si al propietario le interesa conservar la mejora; por lo demás, los tribunales, con inconsecuencia que ya dejamos advertida en el texto, niegan al arrendatario el derecho a que le indemnicen el importe de las mejoras no retirables, con respecto a las cuales ninguna alternativa corresponde al dueño. V. FUBINI, *Locazioni immobiliari*, nn. 693, 694.

(1) Cfr. DEMOLOMBE, IX, 284-328.

deras y propias incorporaciones de bienes muebles pueden revestir el carácter de mejoras que no alteren la sustancia de la cosa, porque entre los elementos constituyentes de éstas hay muchos que no son sustanciales para su destino económico (1): el usufructuario que construye *ex novo* un tinglado, un almacén, una fábrica que desempeñen una función accesoria en la economía de la finca, mejora con la agregación y no rebasa los límites de su disfrute. Ahora, a mí me parece que para las incorporaciones de esta clase el derecho de accesión del dueño está limitado por el derecho de disfrute del usufructuario; el usufructuario que incorpora sin alterar la sustancia, conserva durante el usufructo el derecho a separar lo agregado, y la accesión se realiza, no en el instante de la incorporación, sino únicamente cuando, al terminar el usufructo, lo agregado deja de separarse (a). También es igualmente absurdo ampl'ar el derecho de accesión de tal suerte que adquiera el carácter de un ataque a la propiedad cualquier supresión de modificaciones lícitas en la cosa usufructuada; con ello quedaría expuesto a responsabilidades el usufructuario por haber privado al dueño de los ventajosos resultados de ciertas reformas que el propio usufructuario podía libremente hacer o no hacer; así como es también anómalo dejar subsistir frente al derecho de accesión ilimitado teóricamente, un *jus tollendi* que prácticamente lo neutraliza. Y acusa una observación harto superficial suponer que pueda buscarse el criterio para distinguir la licitud de la ilicitud de la separación, en la buena o mala

---

(1) Cfr. GARSIA, *De expensis et meliorat.*, c. XIV, n. 11: *est ergo verissimum meliorari posse rem mutata forma et conservata.*

(a) [En sentido análogo dice nuestro comentarista MANRESA que entre las mejoras posibles sin alterar la forma ni la sustancia de la cosa, se halla incluída la edificación, pudiendo el usufructuario demoler la obra, dejando el suelo expedito a la terminación del usufructo. «Con arreglo—añade—a la sentencia de la Sala 2.ª del T. S. de 16 de enero de 1906, el arrendatario o usufructuario que planta árboles en la finca arrendada o usufructuada carece de facultad para cortarlos y llevárselos, porque esa mejora no puede retirarse sin detrimento de los bienes. Esta doctrina no nos convence; sufrirá detrimento el árbol al cortarse, pero no la finca, que es la cosa dada en usufructo, y a esa cosa es, sin duda, a la que se refiere la última parte del art. 487» (tomo y edic. cits., pág. 445). También SCAEVOLA opina que puede el usufructuario, sin alterar la forma o sustancia de los bienes, edificar o construír sobre ellos, sin que tenga lugar la aplicación del principio de accesión a favor del propietario más que cuando las mejoras no puedan retirarse sin detrimento de la finca (págs. 977 y sigs.).]

fe del usufructuario (1); porque la buena fe únicamente puede significar la determinación subjetiva de la licitud, y por tanto, es un presupuesto de su determinabilidad la fijación objetiva de la licitud misma. Si la incorporación produjese de pleno derecho la adquisición por el propietario de las cosas incorporadas, ningún usufructuario podría de buena fe separar jamás: por consiguiente, sin entrar a examinar si deben prohibirse y en qué medida los «actos de emulación», es evidente que faltará siempre el *animus aemulandi* cuando se trate de dejar sin efecto las reformas realizadas por el usufructuario si éste buscó con ello su beneficio propio; por lo tanto, en todas estas actividades hay, una vez más, necesidad de fijar los límites de su licitud independientemente del *animus* del usufructuario.

Justifícase el criterio de distinción que propongo, por la concordancia de los principios que rigen el derecho de accesión con las obligaciones del usufructuario, y es de aplicación segura y clara. Excluyen el carácter absoluto e ilimitado del derecho de accesión los propios términos del texto fundamental que lo reconoce (artículo 446), puesto que remite «a las reglas establecidas a continuación» la resolución de la pertenencia de las cosas incorporadas. Y entre tales reglas se encuentra la del artículo 448, en que después de establecer la doble presunción de que hayan sido hechas a costa del propietario y le pertenezcan las obras realizadas en el suelo o subsuelo, reconoce expresamente que ambas presunciones pueden ser destruídas mediante prueba en contrario (a). Respecto a las obras que a sus expensas haga el usufructuario, la prueba de que no pertenecen al dueño resulta de la naturaleza de las obras mismas y de las circunstancias que las expliquen como una lícita manifestación de la actividad del usufructuario dentro de los límites señalados a su disfrute: la constitución misma del usufructo implica la atribución del derecho de hacer modificaciones no sustanciales en la cosa usufructuada, con o sin obras nuevas, y este derecho no puede dejar de comprender la conservación de la propiedad de las cosas agregadas; de otra suerte equivaldría más bien que a derecho del usufructuario, a una facultad de enriquecer gratuitamente al dueño (2).

---

(1) DALLOZ, *Rép.*, *Us.*, n. 750.

(a) [El art. 359 del Cód. esp. sólo alude a la primera de esas presunciones.]

(2) Por consiguiente, las construcciones y obras que el usufructuario puede

Por el contrario, si el usufructuario con la incorporación de nuevos elementos altera la sustancia de la cosa, infringe su principal obligación; y no puede servirle de fundamento para defenderse contra el preferente derecho que el propietario tiene a la accesión, la misma intrusión ilícita en la esfera de actividad reservada al dueño; en tal caso, desde el momento en que se realiza la incorporación, adquiere el propietario el dominio de la cosa incorporada, e infringe tal derecho el usufructuario que la separa mientras dura el usufructo. Se desprende de ello otra consecuencia: que el propietario puede oponerse a esa separación durante el usufructo (1), y que además puede exigir el resarcimiento del daño que le ocasione una remoción arbitraria en la medida de la diferencia en más entre el aumento del valor que hubiera tenido la cosa por la obra antes realizada, y el precio de los materiales que hubiera debido abonar el usufructuario reteniendo la obra. El derecho del dueño a exigir la remoción a costa del usufructuario, subsiste íntegro (2) a tenor del artículo 1.222 (a), y puede ejercitarse este derecho incluso durante el usufructo para impedir que con el tiempo adquieran consistencia las alteraciones sustanciales o para prevenir su ampliación. Este derecho desaparece, por el contrario, cuando se trata de obras nuevas que el usufructuario tuviera necesariamente que hacer para

---

realizar sin alterar con ello la sustancia de los bienes quedan en su propiedad, aunque se incorporen al suelo, pudiendo ser hipotecadas con independencia del derecho de usufructo y quedando también sujetas a la ejecución inmobiliaria, sin que ello represente agravio para el propietario. Estas consecuencias han sido aceptadas en muchas resoluciones francesas respecto a obras ejecutadas por el arrendatario, pero sin sentar la distinción, que me parece esencial, entre las obras que pudo realizar a virtud de su derecho de disfrute y dentro de los límites de éste, y aquellas otras que, por representar una violación de la propiedad, quedan sustraídas a su arbitrio y se incorporan por accesión al suelo (v. GUILLOUARD, *Louage*, I, 296). Una última consecuencia es que si los impuestos se elevan con motivo de estas obras cuya propiedad pertenece al usufructuario, el aumento de tributación no puede gravar al dueño.

(1) En este sentido se ha declarado que el propietario puede oponerse a que sean cortados los árboles que el usufructuario plantó: Apel. Roma, 28 diciembre 1882 *(Foro*, 1883, 968). Por lo demás, esta sentencia, al atribuír al propietario desde luego la madera de los árboles cortados, desconoce de un modo anómalo la obligación que el artículo 495 impone de resarcir su importe.

(2) Constituye singular error de BIANCHI, IX, 3, pág. 194, no haberlo notado.

(a) [Art. 1.099 del Cód. esp.]

conservar la cosa, toda vez que carece de la obligación de realizarlas a sus expensas, como tampoco tiene el deber de levantar la carga de aquellas reparaciones que excedan de la conservación ordinaria, y queda libre de toda responsabilidad si avisa al dueño de un peligro que se vería imposibilitado de evitar si se atuviera a los límites de la conservación ordinaria; pero si realiza aquellas obras, puede pretender, desde luego, y por completo su reembolso, que no queda sujeto a la voluntad del dueño, sino a la prueba objetiva de la necesidad de ellas (1).

Los efectos y límites de la accesión no están regulados en el artículo 495, aun cuando constituyan el presupuesto de sus normas. Conforme a la interpretación que he intentado justificar, éstas son aplicables indistintamente a las cuatro posibles clases de mejoras: mejoras realizadas mediante agregación que alteran o no la sustancia, y mejoras sin unión de cosa nueva, que alteran o no la dicha sustancia (2); el dueño no debe al usufructuario indemnización alguna por las dos últimas clases, salvo aquella de que voy a hablar inmediatamente por los deterioros ocasionados sin culpa grave del usufructuario. En las dos primeras clases la obligación de reembolsar está subordinada a la conservación de las agregaciones que, durante el usufructo entero, depende de la voluntad del usufructuario en cuanto a la hipótesis segunda, y en la primera, de la voluntad del dueño exclusivamente. En otros términos: la indemnización está subordinada a la accesión, que en las agregaciones no modificativas de la sustancia puede eludir el usufructuario, separándolas antes que concluya el usufructo, y a la cual accesión sólo el propietario puede renunciar, tratándose de reformas modificativas de la sustancia, si exige la remoción de ellas; pero la obligación de indemnizar queda limitada, en todo caso, al precio que podría obtener el usufructuario si separase del fundo lo agregado.

Hay que restar de la responsabilidad del usufructuario la compensación, ya indicada, del aumento de valor con los deterioros: compensación aplicable a las cuatro clases de mejoras y que, como

(1) V. *supra* la pág. 362 y más adelante el capítulo V.

(2) Los proyectos de reforma en materia de indemnización al arrendatario por las mejoras realizadas no suelen tomar en consideración (y ello es justo) más que aquellas que no alteran sustancialmente el destino económico del fundo, desenvolviendo los principios que en germen, o parcialmente, se hallan en el amplio concepto de impensas necesarias a que anteriormente hice referencia: pág. 362, n. 1.

es natural, va por delante de la obligación de reembolsar, que sólo puede pedirse cuando no ha lugar a compensación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa y belga reconocen esta obligación, aun cuando el Código de Napoleón no diga una palabra de ella. Ante este silencio de aquel Código, podría parecer lógica la distinción que propone CHAUVEAU (1), entre el caso de que una misma cosa resulte deteriorada en parte y en parte mejorada por el usufructuario, y el caso de aquellas otras mejoras realizadas por este último en cosas distintas sujetas a un mismo usufructo. Pero la compensación la impone explícitamente nuestro Código, sin distinguir de casos, en razón a la oportunidad de valorar totalmente, y no respecto a las cosas aisladas, las relaciones que se constituyen entre propietario y usufructuario. Inútil es advertir que la compensación de deterioros con mejoras, tanto en su fundamento como en sus efectos, difiere de la compensación entre dos deudas recíprocas, porque la responsabilidad del usufructuario puede disminuír proporcionalmente a las mejoras, y no a causa del crédito que por las mejoras susceptibles de separación invocase contra el propietario. La cláusula que limita la compensación a los deterioros producidos sin culpa grave del usufructuario, está inspirada en consideraciones de oportunidad; trata de prevenir el riesgo de que el usufructuario, después de realizadas ciertas mejoras en la cosa o en parte de las cosas constitutivas del usufructo, pueda inclinarse con la confianza de esquivar toda responsabilidad a una actuación devastadora (2).

290. La intrincada cuestión que he tratado de aclarar en los dos números anteriores, suele plantearse así: ¿es aplicable a las construcciones nuevas que levante el usufructuario la disposición que le niega derecho a indemnización por las mejoras? Un considerable número de escritores franceses opina negativamente, apoyándose en ciertas razones que no pueden alegar los que en nuestro régimen legal propugnan igual criterio. Porque, prescindiendo de las consecuencias que se deducen de los Motivos del Código de Napoleón para limitar la significación que éste da a la palabra mejora *(améliorations)* (3), es muy importante la circunstancia de que el dicho ar-

(1) *Biens*, n. 566.

(2) LOSANA, *Questioni scelte di diritto civile*, VII.

(3) La mejora, decía en el Tribunado GARY, en la sesión del 6 nivoso,

tículo no es que reduzca o limite, sino que niega toda clase de derecho al usufructuario a ser indemnizado por cualquier clase de mejoras que haya podido realizar en la cosa, pareciendo que lo que se propone es no permitir que el dueño se beneficie del valor que el usufructuario podría obtener de la venta de los materiales. Declarando, por tanto, que las nuevas construcciones no son mejoras de que puede aprovecharse el propietario, se pretende que el usufructuario pueda exigir una compensación dentro de los límites mismos en que se le otorga al poseedor de mala fe, y se le concede en efecto el *jus tollendi*, cuando el propietario no quiera satisfacerlas, siempre que el usufructuario reponga el predio al estado que tenía antes. Los más (1) aplican esta misma solución aun a las nuevas plantaciones; algunos (2) la limitan a las construcciones; únicas que crean una cosa distinta del fundo en que se alzan, y niegan el *jus tollendi* y el derecho a compensación respecto a las plantaciones. No falta quien (3), con bastante menos lógica, luego de englobar en la clase de mejoras las plantaciones y construcciones nuevas, trata de inducir el *jus tollendi* de la disposición final del artículo 599, idéntico al párrafo último del 495. LAURENT (4) cimenta la defensa de los derechos del usufructuario en el *jus tollendi;* mas lo deduce del principio de que el usufructuario está facultado para gozar libremente siempre que no perjudique los derechos del dueño, y que no los perjudica si repone el fundo en las mismas condiciones que tenía al comenzar a ejercitar su derecho; pero niega la aplicación a las construcciones nuevas, tanto del artículo 599, relativo a las mejoras simplemente, como del 555, que se refiere a las construcciones sobre fundo ajeno, y consiguientemente abandona la regulación de las indemnizaciones debidas al usufructuario a la libre estipulación de las partes; y si no hay acuerdo, como último recurso puede ejercitar el usufructuario el *jus tollendi;* el propietario puede imponerle la demolición, pero no impedírsela. Finalmente, otros muchos escritores y el sentir común de la jurisprudencia rechazan el *jus tollendi* y obligan al usufructuario a que deje, sin indemnización alguna, y en

---

año XII, no representa para la ley sino el resultado natural de un disfrute previsor y de una administración prudente y vigilante.

(1) DEMOLOMBE, IX, 196; DURANTON, IV, 379; MARCADÉ, ad art. 555, número 6.

(2) AUBRY y RAU, §§ 204, 235.

(3) DELVINCOURT, I, 217.

(4) VI, 485 y ss.

favor del dueño, cuanto haya incorporado aquél al suelo que queda así convertido en inmueble por naturaleza (1) (a).

A esta misma conclusión llegan BORSARI (2), Francisco BIANCHI (3) y varios escritores y fallos judiciales (4), que se ocupan de la materia sin distinguir entre las obras nuevas creadas por el usufructuario, desconociendo que la observación de que deduce LAURENT, aun cuando indebidamente, un *jus tollendi* ilimitado del usufructuario, es perfectamente legítima en sí misma y obliga a reconocerle su derecho a retirar lo que haya agregado a la cosa en el ejercicio lícito de su derecho de disfrute (5); y olvidando, por otra parte, que

(1) PROUDHON, 1.437; SALVIAT, *Us.*, I, 154; TOULLIER, III, 427; PONT, *Priv. et hyp.*, I, 635; MASSÉ y VERGÉ, § 297; DUCAURROY y ROUSTAING, II, 190, 192; CHAUVEAU, *Biens*, n. 573. Aunque los *Motive* del primer Proyecto de Código alemán (III, p. 564) reconocen que las legislaciones modernas tienden a limitar el derecho del usufructuario a ser reembolsado, en apoyo de lo cual invocan los Códigos francés e italiano, no consideran justificada esta limitación más que por la oportunidad de simplificar las relaciones entre usufructuario y propietario, evitando discordias y estimulando indirectamente a que se establezca un previo acuerdo entre ambos interesados cuando se quieran realizar mejoras. La legislación inglesa que en los últimos decenios ha fomentado las mejoras agrarias bajo la vigilancia de los *Land Commissioners*, y desde 1889 del *Board of Agriculture*, admite como sustitutivo de tal acuerdo, para que el usufructuario *(tenant for life)* pueda realizar mejoras a cargo de la propiedad, el previo asentimiento y la fiscalización de las autoridades. V. la *Settled Land Act* de 10 agosto 1882, c. 26 y ss., y entre las leyes anteriores la *Land Drainage Act* de 1845, c. 56, y la *Improvement of Land Act* de 1846, c. 114.

(a) [Para una crítica de las soluciones de la jurisprudencia francesa acerca de las edificaciones y plantaciones hechas por el usufructuario, v. PLANIOL, t. I, número 2.870, y COLIN y CAPITANT, edic. esp., t. II, pág. 874.]

(2) § 983.

(3) T. IX, 3, ps. 195 y ss.; no obstante, declara que se inclinaría a la opinión opuesta si pudiera referirse a un texto idéntico al art. 599 del Cód. francés.

(4) LOMONACO, *Filangieri*, 1878, 651; *Diritto e giur.*, 1896, 381; STAZZONE, *Legge*, 1884, 2, 573; LOSANA, *Questioni di dir. civ.*, VII; Cas. Nápoles, 3 septiembre 1873 *(Annali*, 1873, 471); 22 diciembre 1886 *(Diritto e giur.*, II, 342); Apel. Catania, 31 diciembre 1892 *(Foro cat.*, 1893, 73); 6 julio 1894 *(Giur. Cat.*, 1894, 157), y Apel. Génova, 15 abril 1899 (*Temi gen.*, 1899, 237).

(5) CHAUVEAU, *loc. cit.*, admite también excepcionalmente el *jus tollendi* cuando las construcciones tienen el carácter de modificaciones autorizadas en interés del disfrute, sin ofrecer otro ejemplo que el de una barraca que se levantara sobre un terreno no cultivado a fin de arrendarla a empresarios de espectáculos.

las obras nuevas que haya impuesto la necesidad de conservar no pueden ser tratadas como mejoras. Pero otros tantos y no menos autorizados escritores sostienen la opinión de que el usufructuario, dentro de los límites de la menor cantidad resultante entre lo gastado y lo mejorado, tiene derecho, a tenor del artículo 450, a indemnización por las plantaciones, construcciones y obras nuevas que realice; y que el propietario, como defensa de sus derechos, puede exigir la demolición y reposición al primitivo estado: y limitan lo dispuesto en el artículo 495 a las mejoras intrínsecas o a aquellas consistentes en agregar al predio simples adornos o complementos (1). Basta para la crítica de esta doctrina lo que hemos dicho ya anteriormente; y no queriendo repetir cuanto han indicado otros sobre el particular, haremos notar lo malamente que se sacan inducciones de la frase con que se niega la indemnización por mejoras, «aun cuando se hubiera aumentado el valor de la cosa» *(ancorchè se ne fosse aumentato il valore della cosa)*, ya que no puede referirse a obras nuevas, pues éstas aumentan siempre el valor: primero, porque cuando este aumento es normal, no es, indudablemente, necesario y constante; y después, porque aun suponiéndolo constante, lo que esto quiere decir únicamente es que sus disposiciones se aplican también a las mejoras que no consistan en obras nuevas.

Pero conviene que examinemos, aunque sea con brevedad, si la circunstancia de que concurran en la misma persona el carácter de usufructuario y el de administrador del propietario, puede motivar que se dé a la cuestión una solución distinta, porque quepa atribuír al mejorante el propósito de servir la causa de la propiedad y satisfacer las exigencias del interés de ésta, en vez de atender al interés que va asociado a su disfrute temporal. Yo creo que hay que rechazar resueltamente que se dé un trato más favorable al progenitor dotado del usufructo legal, porque como tal administrador no es completamente libre, sino que queda sujeto a la fiscalización de la autoridad judicial en todo aquello que rebase la actividad encaminada a mantener una buena administración en las condiciones en que la recibió, o implique una ampliación o una transformación de

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, 186, 187; RICCI, II, 180; DE CRESCENZIO, *Accessione*, n. 137 (en la *Enciclopedia giuridica)*; DE NAPOLI, *Gazz. d. Proc.*, XXV, 40; Apel. Milán, 10 noviembre 1885 *(Riv. legale*, 1886, 253); Cas. Nápoles, 10 abril 1891 *(Gazz. procur.*, XXV, 40); Cas. Turín, 9 agosto 1893 *(Giur. Torin.*, 1893, 728); Cas. Florencia, 7 marzo 1895 *(Temi ven.*, 1895, 204), y Apel. Trani, 9 mayo 1902 *(Foro it.*, 1902, 1.171).

ellas, y de igual suerte que no puede contraer en nombre del hijo obligaciones que «excedan de la simple administración» sin que al efecto le autorice el juez y se acrediten la necesidad y utilidad evidentes de ello (art. 224) (a), tampoco sin previa autorización debe ejecutar a sus expensas mejoras que lo coloquen en situación de acreedor del hijo, y si arbitrariamente las realiza, no ha de ser tratado de distinta manera que cualquier otro usufructuario. Se infería un agravio a la defensa de los derechos de los menores, ya harto incompletamente protegidos en la teoría y en la práctica, permitiendo que sus padres transformasen su patrimonio caprichosamente; son libres en el ejercicio de sus facultades de administradores, pero hasta tanto que pueda producirse conflicto con sus intereses de usufructuarios (1).

Ateniéndonos al texto de la ley, tenemos que llegar a una solución distinta para el caso de que las mejoras las haga el marido sobre fundo dotal; porque si bien el disfrute del marido tiene carácter de usufructo, ni se le califica así, ni los derechos de él respecto a la mujer y sus herederos, pueden ser apreciados en igual medida que los atribuídos o negados al usufructuario, y si la equiparación con el usufructo en cuanto a las obligaciones (art. 1.408) (b) se extiende a lo relativo a la conservación de la sustancia de los bienes dotales, ni directa ni inmediatamente se deriva de esto la limitación del derecho a reembolso por las expensas útiles, que constituye únicamente una sanción indirecta, y esta deducción literal corresponde a lo que exige la diversidad de la relación que media entre marido y mujer, y entre padres e hijos, por cuanto si bien la esposa no es partícipe legal en el gobierno de los propios bienes, puede, sí, controlarlo e influír en ello con su consejo, y de aquí la posibilidad de que en la transformación de los bienes dotales obre el marido en virtud de mandato que puede comprometer la responsabilidad de ella, cualquiera que sea el resultado (2).

(a) [Cfr. art. 164 del Cód. esp.]

(1) En sentido contrario, Cas. Turín, 9 agosto 1893 *(Mon. trib. Mil.*, 1894, 45), que reconoce al padre el derecho a ser reembolsado en concepto de administrador, aunque no le corresponda serlo en su calidad de usufructuario. La última sentencia citada en la nota anterior se refiere también a un caso de usufructo legal.

(b) [Cfr. art. 1.357 del Cód. esp.]

(2) En punto al principio del derecho a reembolso, la doctrina y la jurisprudencia están concordes, ya que no respecto al fundamento, al menos por lo

291. La extralimitación del disfrute que hemos venido estudiando se sanciona con la responsabilidad del usufructuario. No pueden asegurarse preventivamente los derechos del propietario contra los desafueros del usufructuario una vez que formalizado el inventario y habiendo afianzado éste (o estando dispensado de ello) consiga la posesión de los bienes usufructuados. Pero en cuanto a los

---

que se refiere a su medida. La tendencia que parece prevalecer es la que obliga a reembolsar íntegramente lo gastado: Apel. Catania, 27 julio 1888 *(Giur. ital.*, 1889, 163), y Apel. Florencia, 7 diciembre 1898 *(Annali*, 1898, 388); esta tesis encuentra apoyo en la condición de mandatario o gestor que asume el marido y que obliga a atender, no al resultado de la gestión, sino a su utilidad inicial. Pero dando este fundamento a la acción, y toda vez que el marido no está ni legal ni contractualmente investido de facultades para transformar los bienes dotales, resultará improcedente el reembolso si se demuestra la oposición que la mujer hiciera al gasto. PAULO, 8, *de imp. in rem*, XXV, 1, explica el reembolso de las impensas útiles mediante el supuesto de que existe una presunción de consentimiento de la mujer: *utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint; iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eas factas solveret, si aliundo solvere non potest*. (Por lo demás, respecto a la *deductio* y a la *retentio propter impensas*, cons. CZYLHARZ, *d. röm. Dotalr.*, §§ 96 y ss.). Algunos fallos, que con razón declaran inaplicable la regla del art. 705, admiten arbitrariamente que el reembolso pueda exceder de lo gastado, a condición de que sea mayor el resultado útil obtenido: Cas. Palermo, 4 agosto 1888 *(Foro*, 1888, 230), 5 marzo 1892 *(Legge*, 1892, 2, 564); o pretenden que se atienda, sin más, al resultado apreciable en el momento en que se realiza la devolución de la dote: Cas. Palermo, 25 junio 1901 *(Foro Sicil.*, 1901, 422). La teoría opuesta, que sin reconocer a la mujer el derecho a optar entre conservar o no las nuevas obras, limita su obligación a la suma menor que resulta comparando lo invertido y lo mejorado, ha sido aceptada por el Trib. de Apel. de Messina en 10 de septiembre de 1879 *(Legge*, 1880, 1, 13), y defendida por PAOLI, *Dote*, 116; por E. BIANCHI, *C. di matrimonio*, 326, y por RAMPONI, *Dir. di ritenzione*, II, 60. Su justificación se basa en que únicamente con respecto a dicha cantidad menor puede considerarse empobrecido el patrimonio del marido y enriquecido a su vez el de la mujer, procediendo el derecho a repetir como consecuencia de aquella prohibición absoluta que media en punto a las liberalidades entre cónyuges. Este es el fundamento que dan a la acción AUBRY y RAU, § 505 n. 28 y § 540 n. 24; E. BIANCHI, *loc. cit.*, y ASCOLI, *Donazioni*, ps. 529, 530. Pero, a mi juicio, no es aplicable sino en caso de haberse acreditado la oposición de la mujer a los gastos, con lo cual resultan excluídos el mandato y la gestión. Finalmente, el derecho a reembolso ha sido negado con respecto a mejoras hechas en bienes parafernales, no admitiéndose al marido la prueba testifical de un mandato implícito: Apel. Catania, 27 febrero 1889 *(Annali*, 1889, 329).

derechos de obligación que sean objeto del usufructo, la cosa es muy otra, en razón a que sólo con la prestación del deudor es posible que el usufructuario obre perjudicando los derechos del dueño; por lo tanto, sólo desde el intante en que se transforma y establece una nueva relación sobre el objeto, tanto de la propiedad como del usufructo; relación que según la naturaleza de la prestación misma, podrá ser de usufructo o de cuasiusufructo. Por delante de la persona del usufructuario está la del deudor, y sobre la voluntad de éste no puede aquél actuar sino jurídicamente, empleando la coacción social que le fuerce a procurarle una utilidad, bien cumpliendo o ejecutando un negocio jurídico, bien invocando la autoridad social: y el perjuicio que va unido al ejercicio de una actividad jurídica puede ser objeto de tutela preventiva, porque dependiendo sus resultados del concurso de la autoridad social, para excluirlo basta con que se niegue ésta.

Por eso los límites del goce atribuído al usufructuario de derechos de obligación se reflejan en la determinación de la facultad que le compete para con el obligado y encuentran en ella su principal sanción. Si en vez de atenerse al percibo de los intereses, quiere condonar la deuda, o se arroga la facultad de novarla, el propietario no necesita exigir que repare las consecuencias de su extralimitación, porque ésta no produce consecuencia alguna, toda vez que el deudor no queda liberado por aquellos actos. Dada la forma necesariamente transitoria que revisten estos bienes, no es muy fácil, sin embargo, señalar dónde se halla ínsita la *sustancia* del derecho de obligación y cuáles sean, por consiguiente, las facultades que sin menoscabarla puede ejercitar el usufructuario. Lo que sí puede estimarse fuera de duda es un primer extremo, consistente en que el usufructuario no puede cooperar a extinguir la obligación por otro camino que el cumplimiento específico de ella. Igualmente es indiscutible que si la obligación principal, sea o no exigible, está relacionada con obligaciones accesorias periódicas constitutivas de renta, el usufructuario puede reclamarlas con independencia del propietario y aun excluyéndole (1). Pero entre estos dos extremos hay amplio campo para las dudas, e importa especialmente conciliar los in-

---

(1) Las prestaciones debidas a virtud de la misma obligación principal o de una obligación accesoria no periódica, aun cuando reemplacen a la renta, no pueden ser reclamadas por el usufructuario sino para asegurarse su goce, por lo cual el propietario sigue estando interesado en su percibo. Así, por ejemplo, en el margen de ganancia estipulado en punto a la devolución de un capital en di-

tereses del usufructuario en asegurarse el cumplimiento (al cual corresponde el traslado del usufructo sobre el objeto de la prestación), con el interés del dueño en que, al término del usufructo, se le coloque de nuevo en la posición jurídica que tendría si la propiedad no hubiera sufrido la desmembración de aquél.

La atribución al usufructuario de los intereses de los capitales invertidos y de las anualidades de las rentas, como frutos que son del derecho sobre que recae el usufructo, no sólo implica la facultad de exigirlos y, recibiéndolos, liberar al deudor sin el concurso del dueño, sino la facultad también de disponer de ellos, perdonando su pago o encomendando su cobro a otro, o novando la obligación referente a ellos, y que, aun cuando presupone el deber de restituír el capital o la obligación correlativa al derecho a la renta, se halla dotada en este respecto de individualidad jurídica propia, y está sujeta a una prescripción especial. Pero también hay que notar que en las relaciones entre usufructuario y deudor no influye tanto como el límite cualitativo el cuantitativo del disfrute, ni la medida en que se reparte la renta entre él y el dueño, según la duración del usufructo. Como veremos, si bien puede corresponder al dueño en todo o en parte una porción de los intereses o una anualidad vencida durante el usufructo, no cabe duda que el usufructuario puede exigir la prestación, y solamente él tiene derecho a exigirla cuando se trate de vencimientos anteriores al término del usufructo, quedando él personalmente obligado en su caso a restitución para con el dueño. Por el contrario, aunque el artículo 482, que regula exclusivamente las relaciones entre usufructuario y propietario, no presuponga más que la obligación personal de restituír del usufructuario si éste cobra anticipadamente, el dueño no tomará en consideración este pago y lo podrá considerar realizado por cuenta y riesgo del deudor y exigirlo de nuevo a su vencimiento cuando el mismo ocurra después de terminado el usufructo.

También en un sentido amplio pueden considerarse frutos del crédito los intereses de mora, porque representan la indemnización de la falta de disfrute de las prestaciones debidas, y como sustitutivos del disfrute de éstas que corresponde al usufructuario, deben ceder indudablemente en su provecho. Pero a diferencia de los intereses contractuales, no son una obligación distinta de la que tiene por objeto la prestación del capital; forman parte de ella y no pue-

nero (*Motive* del primer Proyecto de Cód. civ. alem., II, p. 541); pero muy especialmente por lo que se refiere a primas de un empréstito (cfr. el n. 299).

den obtenerse sino mediante una acción dirigida a obtener la prestación principal (1). Por eso los derechos del usufructuario para con el deudor no son respecto a estos intereses una cosa exclusiva e independiente del propietario del crédito; y lo mismo ocurre con los intereses englobados en una cantidad única con las porciones de capital que se haya convenido entregar en un determinado número de plazos (2).

292. Aparte de los casos, expuestos hace poco, de derechos de obligación destacados del derecho principal y que aun teniendo como necesario presupuesto y fundamento la existencia de éste están dotados de individualidad jurídica propia, de derechos en los cuales el usufructuario se coloca, por tanto, en el lugar del acreedor y sucede al propietario o titular, debe reconocerse que con la superposición del usufructo no desaparece ni queda en suspenso el vínculo jurídico que media entre el propietario del derecho y el deudor, y que, por consiguiente, aun cuando el usufructuario tiene un derecho propio que poder ejercitar contra aquél (si es que ha de disfrutar como tal dueño), existen dos personas interesadas de un modo distinto en el cumplimiento de la obligación. Y como nuestra ley no regula de un modo especial esta relación, hay que acudir a los principios que según aquélla rigen la comunidad en los derechos de obligación; si no se adueña del derecho el usufructuario, es un copartícipe de él en virtud de su derecho real, que modifica la ilimitada

(1) WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 250, n. 10. No se deduciría de aquí, necesariamente, la sujeción de los intereses moratorios a la prescripción de treinta años. Cabe entender que, como el transcurso del tiempo desde el vencimiento y la negligencia del deudor intervienen a manera de factores extensivos del alcance de la acción, así, a su vez, una mayor dilación y una negligencia del acreedor, pueden restringir dicho alcance restituyéndolo a la primitiva situación. Acerca de la cuestión de la prescripción quinquenal de los intereses de demora, cons. TROPLONG, *Prescr.*, 1.013; GIORGI, *Obbl.*, VIII, 319 y sigs.; y PUGLIESE, *Prescr. estint.*, 179.

(2) Realizado el cobro, en la forma que indicaré en el n. siguiente, el usufructuario no hace suya, sin obligación de restituirla, más que aquella parte de la cantidad que represente el interés del capital. La determinación del número de las entregas diferencia de la renta vitalicia los créditos así constituídos, y no permite que se atribuya el carácter de rédito o renta a las diferentes prestaciones aisladas. A una asimilación posible, aunque no constante, con la renta vitalicia aluden, sin justificación alguna, los *Motive* del primer Proyecto de Código civil alemán (III, pág. 551). Cfr. DEMOLOMBE, X, 330 *bis*.

competencia ajena; y el derecho de obligación se convierte entonces en común para él y el propietario.

En el caso normal de comunidad, cuando los partícipes tienen una expectativa de igual clase respecto a la prestación que el deudor ha de hacer, pueden ejercitar sus respectivos derechos de distinta manera según que aquélla, bien en sí misma, bien por la forma en que haya sido estimada en la constitución del vínculo obligatorio, sea o no divisible (1), según, pues, que haya o no posibilidad de dividir la prestación en otras varias, diversas cuantitativamente, pero

(1) Según la terminología de MOLINEO y POTHIER (*Oblig.*, nn. 292, 293), llamaríamos *individuæ contractu* a las prestaciones indivisibles por naturaleza o que no pueden, convencionalmente, convertirse en divisibles, e *individuæ obligatione* a las demás; y unas y otras pueden calificarse de perfectamente indivisibles. Indícanse como ejemplo del segundo tipo las prestaciones complejas (construcción de una casa, etc.), ya que no pueden dividirse en partes alícuotas, teniendo las diferentes prestaciones integrantes el carácter de partes constitutivas y no homogéneas al todo (v. WINDSCHEID, § 253, n. 4); pero en tal grupo deben comprenderse todas aquellas prestaciones a que se hubiera querido atribuír el efecto de la indivisibilidad al crearse la obligación. La dificultad, que no es ocasión de resolver aquí, consiste en determinar cuándo se perseguían todos los efectos de dicha indivisibilidad y cuándo se aspiraba únicamente al pago íntegro por cada uno de los deudores. En el primer caso se establece en interés de cuantos activamente participan en la obligación una doble defensa: contra el perjuicio que se acarrearían recíprocamente exigiendo prestaciones parciales, y contra el pago de las prestaciones parciales por los diversos deudores. En el segundo caso no existe sino esta última defensa, y permitiendo a los distintos acreedores ejercitar por separado su derecho, se les niega la facultad de reclamar la totalidad, y se autoriza su ejercicio por todos *ex integro* y contra cada uno de los distintos deudores; con lo que se tiene la obligación indivisible pasiva o imperfectamente (las excepciones a la divisibilidad del art. 1.205), o la *individuitas solutione tantum;* designación que en el Derecho común tenía otro alcance, porque no sólo no podían los acreedores individuales reclamar el todo, sino que tampoco podía hacerlo el acreedor único, ni, existiendo varios, podían juntos reclamar la totalidad a un solo deudor, pues era necesario proceder contra todos los obligados y no se admitía posibilidad de liberación mediante la oferta de prestaciones parciales: MOLINEO, *Extric. labyr.*, p. II, n. 213, y POTHIER, n. 317. La designación puede estar justificada en el Derecho vigente, siquiera *individua* sea no sólo la *solutio* espontánea, sino también la subsiguiente a una *petitio indivisa*, porque la *petitio* que ha de dividirse entre varios acreedores no es ya *individua*. En las críticas justificadas que se han hecho al sistema del Código, por haber fracasado éste en su intento de diferenciar la indivisibilidad perfecta de la imperfecta, se ha acabado por no ver claramente lo que es el resultado más seguro: la facultad que tienen las partes de someter una

cualitativamente homogéneas con la totalidad. En el primer caso pueden ejercitar su derecho separadamente, con el propósito de obtener cada uno la prestación parcial y dejando intacto el derecho de los demás para obtener la suya por su parte (art. 1.204) (a); en el segundo, o lo ejercitan colectivamente (b) o—derecho que comprende la protección de la independencia recíproca—lo ejercitan individualmente por la totalidad, asumiendo la obligación de liquidar con los demás. En este segundo supuesto no se libera el deudor por completo sino respecto al ejercicio conjunto de todos los partícipes; si estos hubieran ejercitado su derecho individualmente, quedaría expuesto al ejercicio de la acción por parte de los demás, pero él se halla asegurado previamente contra tales consecuencias por quien accionó individualmente, y puede exigir la asunción de esta garantía como condición para entregar la prestación completa a los partícipes individuales (art. 1.207, pr.). Si los partícipes se proponen, más que obtener la prestación completa, recabar para sí del deudor el equivalente de la utilidad que ésta puede aportarles, o disponer de ella de un modo distinto, en virtud de la participación que tienen en el derecho común, quedan igualmente libres los demás para ejercitar tal derecho común, aun cuando a condición de indemnizar al deudor de todo lo que haya entregado a los primeros, o de cuanto haya retenido para sí o entregado a otros por disposición de los referidos primeros (art. 1.207, final). Cuando, por último, no se divide la prestación en especie, los partícipes entre sí dividen la utilidad económica que puede procurar; división que se hace únicamente entre aquéllos cuando hayan ejercido colectivamente el derecho común; si lo han ejercido individualmente, la división se hace entre ellos y el deudor; o con la asunción previa de la garantía por parte de aquellos que primeramente hubieron de exigir la prestación íntegra y dispusieron de la totalidad del derecho, o con la disposición parcial respecto de los primeros que procedieron e indemnizando al deudor por parte de los otros que accionaron sucesivamente reclamando la prestación íntegra.

En el caso de obligación indivisible se confiere a los partícipes individuales una facultad más amplia que el interés que tienen en la prestación, si bien para el ejercicio de esta facultad están sujetos

---

clase cualquiera de prestación a las reglas de la indivisibilidad perfecta. V., de todas maneras, GIORGI, I, n. 279 *i. f.* y n. 283.

(a) [Cfr. art. 1.138 del Cód. esp.]

(b) [V. art. 1.139 del Cód. esp.]

a vínculos y a condiciones a que no lo estarían s' su poder jurídico coincidiese con su interés económico. Aclarado así el principio con que la ley pretende resolver el conflicto resultante de la imposibilidad de que coincidan facultad e interés, puede aquél ser aplicado con seguridad en los casos en que no se trate de obligaciones indivisibles; como sucede en la especial comunidad de derecho que se establece entre el usufructuario y el propietario de uno de obligación que tenga por objeto entregar cierta cantidad, o en general bienes de utilidad simple (1). La prestación de una cantidad esencialmente divisible respecto a acreedores que tengan derecho cada uno a una parte alícuota del crédito, como la que puede satisfacerse parcialmente a un individuo sin que los derechos de los demás se perjudiquen en lo más mínimo, es esencialmente indivisible respecto al usufructuario y al propietario. Si el cumplimiento de la obligación procura al usufructuario inmediatamente cuanta utilidad puede esperar de la misma, hay que reconocerle la propiedad de la cantidad, y el deudor no puede reservarse nada que haya de prestar después para satisfacer los derechos del propietario, que se mantienen vivos y que debe la ley proteger frente a él, a pesar de la desmembración de su derecho con respecto al usufructo y de las modificaciones que éste implica para su ejercicio. Sólo con la entrega de la totalidad de la obligación puede el deudor liberarse (2), y el usufructuario carece de derecho para proceder de otra suerte que en su propio interés, pues no tiene título para representar al dueño; por lo cual el deudor está en el derecho de exigir la concurrencia del otro interesado, o sea del propietario (3), o bien que le afiance el usufructuario antes de hacer el pago, comprometiéndose a saldar con el dueño (a). Como al usufructuario hay que asegurarle la uti-

---

(1) Más adelante, en el número 295, habremos de ver la distinta posición que asume el usufructo cuando la obligación tiene un objeto diferente.

(2) O con una parte alícuota del todo, cuando sean más los deudores.

(3) O, para prestar una parte alícuota del todo, la concurrencia de propietario único con uno entre varios usufructuarios, o de uno de los diversos propietarios con un solo titular del usufructo. Fácil es resolver las complicaciones que trae consigo la pluralidad de personas interesadas en la propiedad o en el usufructo.

(a) [No son aplicables en su totalidad al Derecho español, las consideraciones que el autor hace acerca del usufructo de créditos, pues nuestra legislación, más completa en este punto que la mayoría de las extranjeras, regula la materia en el art. 507, sobre la base de otorgar al usufructuario el derecho a reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo, si tuviese

lización actual de la cosa, el goce en forma específica de la prestación, y lo que queda en suspenso y reducido a conseguir una utilidad equivalente es la satisfacción del interés del propietario, se ha de rechazar, desde luego, que el dueño pueda pretender cobrar por sí, aunque afiance para poner a salvo los derechos del usufructuario.

293. Fáciles son de deducir las consecuencias de todo esto. La fianza que presta el usufructuario al deudor, sustituye a la que debería prestar al dueño (1). Éste queda suficientemente asegurado con el derecho que conserva de dirigirse contra el deudor cuando se extinga el usufructo. En cambio, la fianza prestada por el usufructuario al dueño, no es suficiente para legitimar la acción que ejercite por sí contra el deudor; éste tiene derecho a asegurarse de la eficacia liberatoria del pago que realiza: menos aún legitima aquella acción la prueba de la dispensa, pero en uno y otro caso el usufructuario puede requerir al dueño para que concurra al acto del cumplimiento de la obligación, sin necesidad de afianzar al deudor (2).

---

dada o diere la fianza correspondiente. Sólo en el caso de que estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituída no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del juez en su defecto, para cobrar dichos créditos. Entendemos, a pesar de la dicción equívoca de este artículo, que sus reglas son independientes de las del anterior 506, relativo al usufructo universal, y que, por consiguiente, son aplicables, no sólo a los casos en que en un usufructo hay créditos realizables, sino también a aquellos en que los créditos constituyen el objeto especial del usufructo.]

(1) Con tal que la falta de caución no le haya impedido obtener la posesión del título (v. el n. siguiente) y hacer que el deudor le reconozca como usufructuario del crédito.

(2) La tendencia que predomina en la doctrina francesa y en la italiana reconoce la facultad del usufructuario para exigir libremente el crédito cuando llegue su vencimiento. V. PROUDHON, *Us.*, 1.031 y ss., 1.044 y ss. (pero véase *supra*, p. 67, n. 2); DEMOLOMBE, X, 323; AUBRY y RAU, § 230, nn. 55 y ss.; LAURENT, VI, 413; CHAUVEAU, 585; PLANIOL, *Tr. élém. de dr. c.*, I, 1.654; PACIFICI-MAZZONI, *Dist. dei beni*, 387; RICCI, II, 137 (que llega a una solución distinta si el usufructo está llamado a extinguirse con el crédito sobre que recae, cosa que puede resultar del título constitutivo; v. *supra*, p. 289); BORSARI, § 346, después de haber combatido los argumentos de los que defienden esta tesis, admite que el usufructuario, al prestar caución, adquiere el derecho a cobrar. En cuanto a la jurisprudencia francesa, en la que no faltan discrepancias, y a menudo se suavizan los inconvenientes del libre cobro defiriendo

Cuando usufructuario y propietario no concurran al acto del pago, una vez llegado el vencimiento de la obligación, o no afiance el usufructuario, debe el deudor acudir al ofrecimiento o a la consignación. Al requisito de la fianza está subordinada la posibilidad de que oponga el usufructuario la excepción de compensación al deudor que ostente respecto de él un crédito. La remisión que otorgue el usufructuario surte efecto en la parte que le concierne, y el dueño podrá exigir la deuda en los nuevos vencimientos determinados por la extinción del usufructo (1). Si el propietario remite la deuda, ello no impide al usufructuario exigir el pago, pero a condición de que afiance al deudor la restitución de la cosa al concluír el disfrute. La eficacia de la novación (2) que estipule uno sin el consentimiento del otro (3), será igualmente relativa.

---

arbitrariamente al prudente criterio judicial la defensa de los intereses del propietario y la adopción de las convenientes medidas precautorias, v. DALLOZ, *Rép.*, v. *Usufruit*, 228 y ss.; *Suppl.*, 102 y ss. Nuestra jurisprudencia apenas ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al particular. Han negado el derecho del usufructuario al cobro: Apel. Turín, 12 noviembre 1849 *(Giur. it.*, 1849, 57), y Apel. Génova, 2 mayo 1850 *(eod.*, 1850, 525). Lo ha admitido la Cas. de Turín, 30 noviembre 1876 *(Annali*, 1877, 215), pero reduciendo el asunto a una cuestión de interpretación del título constitutivo y estimando que la dispensa de la caución podía traer como consecuencia una confianza absoluta del propietario en el usufructuario y la facultad consiguiente de éste para efectuar el cobro. La resolución del propio tribunal, de 28 de marzo de 1880 *(Mon. trib. Mil.*, 1880, 636), se refiere al caso, harto diverso, de una herencia en que se hallen sumas de dinero, y niega la concurrencia del propietario para su inversión. También negó el derecho al cobro el Trib. de Apel. de Lucca en 27 septiembre 1889 *(Foro*, 1890, 488); siendo aprobada la sentencia por CASINI, que considera necesario que el usufructuario se dirija al propietario, una vez que éste haya efectuado el cobro, para pedirle el disfrute de la prestación. A conclusión igual llega FERRARA, *Usufrutto dei crediti* (Roma, 1903) combatiendo la teoría de los derechos sobre derechos, y convirtiendo el usufructo de un crédito en un nuevo derecho de obligación dimanante del crédito originario. El Trib. de Apel. de Venecia, 20 noviembre 1892 *(Temi ven.*, 1893, 37) declaró que la dispensa de caución no autoriza al usufructuario para cobrar.

(1) Cfr. DALLOZ, *Suppl. au Rép.*, v. *Us.*, n. 106.

(2) V. DALLOZ, *Rép.*, 231, *Suppl.*, 107; CHAUVEAU, 587, etc.

(3) El Código alemán (§ 1.078) exige en términos expresos que concurran usufructuario y propietario para el cobro de un crédito productivo, en tanto que el usufructo de un crédito sobre prestación simple atribuye al usufructuario el derecho a cobrar, con perfecta independencia del dueño, y le atribuye también los derechos conexos con dicha facultad (elección en caso de obligación alter-

De los principios del Derecho vigente se deduce con acierto que el usufructo sobre el objeto de la prestación entregada por el deudor se regula, una vez extinguido con ello el crédito, como si estuviese constituído desde su comienzo sobre este último (a). El dueño queda suficientemente asegurado con la necesidad en que está el usufructuario de requerir su intervención, si no quiere afianzar al deudor, en el instante en que cambia la condición de su disfrute por la

---

nativa, requerimiento al deudor cuando el vencimiento llegue y para constituirlo en mora, etc.); pero no el derecho de renunciar, ni tampoco el de modificar la relación obligatoria (§ 1.074). La construcción propuesta de la indivisibilidad de las prestaciones con respecto al propietario y al usufructuario del crédito, puede aplicarse también para determinar la posición del deudor frente al titular del crédito y al acreedor pignoraticio mientras pende la obligación del crédito garantizado. El precepto del art. 457 del C. de C. en virtud del cual el acreedor «debe cobrar todas las sumas que venzan con respecto a las cosas recibidas en prenda», ha sido interpretado por alguno (MANARA, en *Foro*, 1896, 1.244) como si, imponiendo la obligación, atribuyera implícitamente al acreedor pignoraticio el derecho a cobrar; nada justifica semejante inducción, pues son cosas completamente independientes la obligación que el acreedor prendario tiene, lo mismo que el usufructuario (v. más adelante el texto) de cuidar del cobro, y la facultad de proceder a ello sin el concurso del titular del crédito, o sin un mandato suyo, o sin garantizar al deudor obligándose a dar cuenta al titular del cobro realizado, de modo que el deudor obtenga su liberación. Aparte de otras cosas, esta limitación de facultades del acreedor pignoraticio es la que ha hecho que prácticamente se prefiera a la forma de pignoración del crédito la *cessio pro solvendo*, no obstante las incertidumbres a que puede dar lugar. El *jus exigendi* del acreedor prendario ha sido negado por COVIELLO (*Foro*, 1893, 1.113) argumentando para ello con la prohibición del pacto comisorio, e invocando también un *argumentum a contrario* del art. 1.886. V. asimismo BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Nantissement, priv. et hip.*, I, n. 98. Sigue las huellas de COVIELLO, CLAPS, *Studi sul pegno di crediti*, en el *Arch. giurid.*, LXVI, 407. DERNBURG, *Pfandrecht*, I, 414, estima que antes del vencimiento de la obligación garantizada con una prenda no pueden ni el titular ni el acreedor pignoraticio exigir otra cosa que el depósito del objeto de la prestación. Ha quedado aislada y sin seguidores la opinión de HUSCHKE, *de pignore nominis*, c. III, § 2 (citada por aquél), que acepta la posibilidad de un pago liberatorio hecho al acreedor pignoraticio.—No hace falta advertir que un pago así realizado tendría tan escasa justificación como el que se hiciera únicamente al usufructuario a base del artículo 1.242, porque no cabría admitir la buena fe de un deudor que supiera en virtud de qué título poseía dicho usufructuario el crédito, conociendo, por tanto, el derecho concurrente del titular.

(a) [V. en Derecho español la doctrina del art. 507, párr. 2.°]

transformación del objeto del usufructo, y puede precaver el riesgo de un daño exigiendo la fianza no prestada aún, si no fuesen absolutas la dispensa o la renuncia a ella, o cuando la interpretación del título constitutivo o del acto que originó su posesión permitan deducir que estaban condicionadas al mantenimiento del objeto en la forma inicial, es decir, a la perduración del crédito. Y como ya he advertido, no importa que haya sido dispensado por completo el usufructuario para que su insolvencia legitime la adopción de medidas preventivas si la prestación del deudor consiste en dinero u otras cosas fungibles; el usufructuario, apropiándoselas, contrae la obligación personal de restituirlas al acabar el usufructo, y el hecho de la insolvencia le priva del beneficio del plazo. Salvo este caso, y ante el silencio de la ley, el dueño carece de derecho para pretender que se haga una inversión por su cuenta con las cantidades cobradas, y que se transporte el usufructo al nuevo crédito, y menos aún puede pedir que la inversión se haga con su consentimiento y aprobación. Si no quiere resignarse a esa conversión del usufructo sobre la cantidad entregada y a que se adueñe de ésta el usufructuario que haya sido dispensado de afianzar, le queda un recurso: la negativa a intervenir en el pago; porque entonces está obligado el usufructuario a afianzar al deudor y a intentar el cobro él por sí; cuando incurre en mora el copartícipe en el crédito, el deudor puede liberarse con el ofrecimiento de pago y subsiguiente depósito de la cosa debida (1).

294. Para hallarse en condiciones de disfrutarlo dentro de los límites señalados y ejercitar por sí mismo el derecho de crédito, pue-

(1) El Código alemán desenvuelve la apuntada distinción entre crédito de una prestación simple y crédito de un capital productivo; si el primero tiene por objeto cosas consumibles, ordena que las haga suyas el usufructuario; pero en el segundo caso exige que usufructuario y propietario concurran para dar a los capitales cobrados una nueva inversión remuneradora, que responda a los requisitos de la gestión de un patrimonio pupilar, pero determine la especie de inversión (§ 1.079). Los Motivos del primer Proyecto (III, pág. 553) indican que, sin una disposición legal taxativa, el usufructuario podría también en este caso pretender hacer suyo el capital devuelto por el deudor. Es notable asimismo la diferenciación establecida entre usufructuario y acreedor pignoraticio de un crédito; la inversión del capital cobrado es, para uno y para otro, un derecho y una obligación con respecto al titular del crédito, aunque el usufructuario es, frente al titular, el árbitro de la clase de inversión que haya de realizarse, y el titular lo es con relación al acreedor pignoraticio (§ 1.288).

de el usufructuario pedir la entrega del documento que lo pruebe; entrega a que la ley (art. 1.538) (a) atribuye el carácter de medio de transmitir la posesión del crédito. Pudiera decirse con más exactitud que adquiere la posesión del usufructo sobre el crédito con notificar al deudor el acto constitutivo del usufructo, o bien acreditar el acto jurídico de que el mismo se deriva (1). Esta notificación es necesaria para impedir que el deudor quede liberado mediante un pago hecho al dueño del crédito, sin el concurso del usufructuario, para constituír en mala fe al deudor, que paga válidamente al poseedor del crédito (art. 1.242) (c) cuando no tenga conocimiento por otro medio de la constitución del usufructo: no siempre, sin embargo, es necesaria para que el usufructo surta efecto respecto a terceros (2), y en su virtud el usufructo que por ministerio de la ley o por voluntad testamentaria es adquirido al abrirse la sucesión, prevalece sobre los derechos de los acreedores y de los cesionarios del heredero (3).

Ahora bien; como quiera que la posición jurídica del usufructuario respecto al acreedor se establece mediante la antedicha notificación, pudiera ocurrir que bien con el consentimiento del propietario, o sin él, o si éste da una mayor independencia al usufructuario que ha prestado fianza bastante, o cuando el usufructuario utilice la índole equívoca del título constitutivo, la posesión que obtenga no corresponda a la realidad de la relación jurídica en que se halla. En este caso falta la sanción preventiva de las usurpaciones

---

(a) [Art. 1.464 del Cód. esp.]

(1) El legatario del usufructo no necesita, como cree PROUDHON (n. 1.035) obtener de los herederos la tradición, pues los herederos sólo están obligados, a tenor del art. 844, a entregarle aquellos títulos del crédito legado que tuviera el testador en su poder, pudiendo el legatario, además de éste, notificar el testamento mismo. V. GIORGI, *Obbl.*, VI, 458 (b).

(b) [Cfr. art. 870 del Cód. español.]

(c) [Art. 1.164 del Cód. esp.]

(2) Como pretende PROUDHON, n. 1.036.

(3) Respecto al legado de crédito en general, v. GIORGI, *Obbl.*, VI, 459; y para el usufructo del crédito, cons. LAURENT, VI, 415. Pero el principio afirmado por el art. 1.539 de que la cesión no notificada ni aceptada por el deudor carece de efecto con respecto a terceros, tiene eficacia para cuantas enajenaciones *inter vivos*, totales o parciales, se hagan del crédito; y, por tanto, también para la constitución del usufructo por acto *inter vivos*.

que cometa en perjuicio del propietario, alterando la sustancia del crédito; y aplicando los principios generales, entra en juego la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se hayan originado al dueño. No hay sanción preventiva para la primera usurpación posesoria hecha por un cesionario o por un usufructuario; puede provocarla únicamente el dueño notificando al deudor la verdadera naturaleza del derecho que ha modificado el suyo propio.

La garantía hipotecaria unida al crédito pertenece a la sustancia del mismo y de ella disfruta el usufructuario aun sin haberse hecho pública su participación en la misma (1). Si cuando comienza el usufructo está inscrita la hipoteca, su conservación queda asegurada preventivamente, porque el usufructuario no puede cancelarla ni reducirla (b). Ya hemos visto el grado de eficacia que puede tener y en qué condiciones, la carta de pago dada por el usufructuario y si con ella cabe cancelar o reducir la hipoteca; tanto una como otra son imposibles sin la cooperación del titular. Si no está inscrita la hipoteca o el efecto de la inscripción ha de extinguirse durante el usufructo, el usufructuario tiene el derecho y la obligación de atender a la nueva inscripción o a su renovación (2). Pero no porque sea deber suyo conservar la sustancia, de la que no forma parte la hipoteca que aún no constituye derecho real (y en la cual sustancia sí entra lo que está en el patrimonio del propietario al comenzar el usufructo, esto es, el derecho obligacional a la garantía hipotecaria), sino porque a más de la responsabilidad

---

(1) La forma normal de hacer público que existe un usufructo sobre la hipoteca no es la inscripción, sino la anotación, cuyo único efecto consiste en impedir que la cancelación se realice sin la concurrencia del usufructuario (a).

(a) [La Ley Hip. española impone en su art. 150, como uno de los requisitos de la enajenación de créditos hipotecarios, la *inscripción* en el Registro de la Propiedad; aunque, como observa MORELL, lo que quiere decir aquel artículo es que si la enajenación o cesión no se inscribe, no puede perjudicar a tercero (IV, p. 233).]

(b) [La Dirección de los Registros decidió, fundándose en el art. 507 de nuestro Código, que para que el usufructuario de una hipoteca pueda cancelarla, una vez pagado el capital que aseguraba, es precisa la intervención judicial, si no prestó fianza ni estaba dispensado de prestarla. Justificando la prestación de fianza bastante, parece, pues, que podrá el usufructuario cancelar la hipoteca por sí. V., sin embargo, las consideraciones críticas de MORELL, *Comentarios a Ley Hipotecaria*, t. III, págs. 458 y sigs.]

(2) MELUCCI, *Sistema ipotecario*, p. 93.

en que incurre si excede los límites del disfrute, incurre en ella también por faltas de vigilancia que impliquen detrimento para la cosa usufructuada, y particularmente por dejar de disponer cuanto exija la defensa de la misma. Si la inscripción la ha instado en nombre del dueño preventivamente, está imposibilitado de aniquilar luego lo hecho y consentir para ello una cancelación. Puede suceder que el usufructuario, atendiendo exclusivamente a su propio interés, haya instado la inscripción a su nombre y hasta haya hecho que en ella conste su calidad, pero sin consignar mención alguna del titular; y entonces también incurre en responsabilidad por falta de custodia del crédito. No puede admitirse otra defensa de los derechos del propietario, ni que en su beneficio se amplíe la garantía hipotecaria de la inscripción hecha por el usufructuario (1).

295. En el caso opuesto al estudiado en números anteriores, cuando el derecho objeto del usufructo se refiere a la prestación de una cosa sobre la cual pueden coexistir usufructo y propiedad, la separación entre los intereses relacionados con lo uno y lo otro, que precede al cumplimiento de la obligación y la sobrevive, permite la formal independencia de las facultades del usufructuario con

---

(1) Cuando en estas hipótesis quiera el usufructuario por su propia cuenta exigir la «colocación» del capital, es decir, su graduación entre otros créditos, habrá de prestar caución garantizando que, al terminar el usufructo, restituirá aquél a los acreedores que vayan detrás de él, y estén llamados a beneficiarse de la postergación del titular. V. PROUDHON, nn. 1.040, 1.041. También Cas. Turín, 20 enero 1880 (*Mon. trib. Mil.*, 1880, 636); 17 junio 1882 (*Cassaz. torin.*, 1882, 283). En contra: CHIRONI, *Privil. e ip.*, II, 231. Únicamente el acreedor personalmente inscrito es quien puede reivindicar la prelación hipotecaria, y el conocimiento que los terceros tienen de la calidad de usufructuario en quien por sí pretende la inscripción, no implica en manera alguna que ellos consideren garantizados con los intereses del usufructo los relativos a la propiedad del crédito, independientemente de que la garantía esté limitada al usufructo de modo expreso. Cosa diferente es que el usufructuario al ejercitar su propio derecho, defienda el que corresponde al propietario a virtud de una inscripción en forma; acerca de la representación gestora, v. *supra* el n. 229. Así se ha declarado que la prelación reconocida en un juicio de graduación de créditos en favor del usufructuario y relativa al capital y a sus intereses, supone la restitución de dicho capital a la persona a quien corresponda, beneficiando, por tanto, al nudo propietario que, merced a la intervención del titular del usufructo, no pierde tampoco sus propios derechos por no haber tomado parte en el juicio de que se trata. (Apel. Casale, 16 diciembre 1883, *Giur. Casal.*, 1884, 68).

respecto a las del propietario en el instante en que se determina la transformación del objeto del usufructo. El usufructuario puede pedir el usufructo de la cosa debida; el deudor, liberándose respecto de él, conserva la nuda propiedad, y de ella responde frente al titular del derecho de obligación. De igual suerte puede el usufructuario, libremente, renunciar o novar la obligación en la parte que le concierne, delegar el cumplimiento a favor de otro o sustituirlo con una prestación distinta, sin perjudicar los derechos del propietario, que conserva íntegro, al terminar el usufructo, el de exigir la prestación primitivamente debida; y el propietario, sin perjudicar tampoco los derechos del usufructuario, puede también a su vez pretender la nuda propiedad de la cosa debida, o condonar la deuda en lo relativo a la prestación de la nuda propiedad.

Pero sin el concurso del usufructuario, no puede tampoco el dueño pedir la transmisión de la plena propiedad y la entrega de la cosa; y como quiera que la pretensión que independientemente del dueño formule el usufructuario conduce a crear una nueva relación entre él y el deudor que retiene la nuda propiedad, el resultado práctico no difiere del que hemos previsto en el caso anterior: el usufructuario no puede pedir la posesión sin que en el inventario formulado reconozca, respecto al deudor, la cuantía y estado de los bienes, y sin prestarle fianza de que los restituirá al concluír el usufructo. No es suficiente para consentirle desplegar en nueva forma su actividad sobre la cosa que el deudor coloca a su disposición, el inventario y el reconocimiento del derecho de obligación realizado respecto al propietario, al comenzar el usufructo. Y no es bastante la caución que a favor del propietario haya prestado al empezar dicho usufructo, porque el deudor carece de acción para dirigirse contra el fiador obligado con respecto al dueño, y no puede utilizar la prenda o la hipoteca que haya sido constituída a favor de este último. Menos aún puede el usufructuario fundarse en la exención de fianza que resulte del título constitutivo, o en la renuncia a ella hecha por el dueño; dispensa que determina su relación con el titular de la propiedad de aquellos bienes sobre los cuales el usufructo se ha constituído originariamente y con cuantos vengan a suceder en la propiedad de los mismos bienes; pero no una relación con el deudor propietario de aquellos bienes distintos sobre los que se transfiere el usufructo. También aquí presta auxilio la analogía con la posición normal de los copartícipes de un derecho de obligación. Siempre que el objeto de la prestación debida sea divisible en partes ideales, cada uno puede ejercitar sus derechos con indepen-

dencia de los de los demás, y exigir que se le atribuya el dominio de una cuota indivisa, pero no puede por sí mismo reclamar la posesión de la cosa entera en la que le corresponde aquella cuota: la entrega de la cosa integrada materialmente tiene el carácter de una prestación indivisible, que no puede satisfacerse sino ante una demanda colectiva de los partícipes, o bajo la condición corriente de afianzar si se trata de peticiones individuales (1). Determinadas así las consecuencias extremas a que conduce, por el entrecruzamiento de intereses entre propietario y usufructuario, la tutela imparcial de sus respectivos derechos, es fácil prever la forma práctica en que naturalmente se armonizan: el usufructuario, y singularmente el dispensado de afianzar, no obtiene beneficio alguno con producirse independientemente del propietario, mientras que si ambos marchan de acuerdo, y hace que el deudor se libere respecto de ambos, evita la creación de un nuevo vínculo con este último y el tener que afianzarle; por su parte, el dueño está interesadísimo en intervenir para asegurarse inmediatamente la vigilancia y fiscalización sobre la conducta del usufructuario respecto a las cosas entregadas, en tanto que si permanece inactivo mucho tiempo puede motivar la prescripción de su derecho respecto al deudor; y asimismo tiene interés en que intervenga el usufructuario cuando es el mismo propietario quien, tomando la iniciativa, se dirige contra el deudor para que entregue la cosa.

296. Nos queda todavía la posibilidad de que no lleguen a un acuerdo y ejerciten separadamente su derecho; pero esta independencia no dura más que hasta que el deudor, en su propio interés, exija la asociación de ambos; y entonces entra en juego un nuevo principio, del que sólo hay aplicaciones fragmentarias en la ley, y del que apenas tratan los autores que se ocupan de las obligaciones divisibles; y aun así más bien que elevarse a un principio, para esta aplicación se limitan a convertirla en una *quaestio voluntatis;* en la constitución del vínculo obligatorio (2). Así como el acreedor se halla protegido contra el perjuicio que supone la ejecución parcial de la obligación, cuando esté prohibido que los partícipes reclamen parcialmente sus derechos, y prohibido asimismo que hagan un pago parcial los sujetos de la obligación, no habiendo sido parcialmente

(1) GIORGI, *Obblig.*, I, 283.

(2) En este sentido, sustancialmente, BELLAVITE, *Note critiche al cod. civ.*, ps. 268 y ss.

exigido (1), así el deudor puede también quedar a cubierto del perjuicio que le supone una petición parcial, cuando no se le obligue al cumplimiento íntegro; y la integridad del cumplimiento puede ser para él un derecho en vez de una obligación (2).

Pero es difícil imaginar que en la constitución de un vínculo jurídico, se prevea voluntariamente un desequilibrio a favor del deudor como el que resultaría de una regulación tal. El desequilibrio está atenuado con la sanción que hace la ley de esta especial *individuitas petitione:* si a los vendedores que ejercitan aislada y parcialmente la acción de retracto o de rescisión por lesión (artículos 1.525, 1.537) (a) puede exigirles el comprador el retracto o la rescisión total, hay un caso en que el ejercicio de estas acciones constituye un derecho para el actor y una obligación para el demandado, o sea aquel en que la cosa vendida forme parte del haber hereditario de uno solo de los sucesores del comprador (b). Subsiste el desequilibrio cuando entre los compradores o entre los herederos del comprador no hay partición, o cuando por virtud de esta última a todos se les haya reconocido una participación en la misma cosa vendida; por esto se explica que las acciones de retracto y rescisión *no se dirijan a aplicar, sino a subvertir* el vínculo jurídico creado por la venta; al comprador, cuando se resuelve el vínculo y deviene deudor, se le confiere una tutela especial, no como deudor, sino como acreedor de la cosa comprada. Paréceme legítima, más que una ampliación analógica de esta norma, la inducción de este principio ge-

---

(1) Las dos especies de obligaciones que siendo naturalmente divisibles se hacen indivisibles: la primera, *petitione ac solutione;* la segunda, *solutione tantum;* v. n. 1 a la p. 380.

(2) En armonía con la terminología tradicional, cabrá hablar en este caso de una indivisibilidad de la obligación *petitione tantum, non solutione.* La posibilidad de esta figura ha sido negada terminantemente por un tratadista de estos asuntos (ARNO, *Obbligazioni indivisibili,* nn. 53 y ss.); dicho autor se propone poner de relieve la contradicción lógica que hay entre una petición total y una ejecución parcial, y no advierte que no se pretende excluír *a priori* la petición parcial, sino atribuír al deudor la facultad de rechazarla por vía de excepción. De los textos en que aquella figura aparece consagrada, el mencionado escritor (n. 93) clasifica el art. 1.525 entre las disposiciones *afines* al art. 1.205, número 1.°, en que existe la figura opuesta de la indivisibilidad *solutione tantum* (como hace también BELLAVITE, ob. cit.), y no examina los que hemos invocado nosotros.

(a) [Cfr. art. 1.515 del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.517 del Cód. esp.]

neral: la resolución de un vínculo jurídico en interés de una de las partes no debe alterar la posición que ocupaba la otra antes de constituirse la relación; y como ésta se halla en su derecho exigiendo la resolución total, no puede obligársele a una parcial, que permita la subsistencia, parcial también, de la misma relación (1).

Si el demandado se opone a una demanda de resolución parcial, obliga a la otra parte a que promueva la citación de todos los partícipes en el derecho; y éstos pueden llegar a un acuerdo con ella para el ejercicio del derecho que les es común, repartirse las cargas consiguientes a la resolución y sostener íntegramente la demanda en relación con las exigencias del demandado; pero también pueden negar su cooperación. Si a virtud de esa negativa se imposibilita la deducción de la demanda en cuanto al total, debe absolverse al demandado; pero la negativa puede ser suplida por la asunción de todas las cargas que haga uno o más de los interesados; la excepción del demandado no va más allá del interés que tiende a tutelar, y no puede empleársela en provocar una caducidad a quien quiere ejercitar su propio derecho. Por consiguiente, únicamente podrá sustituír y se le permitirá colocarse en el lugar de los demás partícipes cuando pruebe la negativa de éstos, o bien ofrezca indicios de tal

(1) Aplicaciones seguras de este principio las encontramos en las fuentes romanas con respecto a la venta a que vaya unido el pacto de la *addictio in diem:* ULP., 13 pr. *de in d. add.*, XVIII, 2: *si prior emptor ita contraxit ut nisi totum fundum nollet habere, non habere eum eam partem emptam, quam unus ex sociis posteriori emptor addicere noluit;* con respecto a la redhibitoria: ULP., 31 § 5 *de ædil. ed.*, XXI, 1: *si plures heredes sint emptoris an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. et ait Pomponius omnes consentire debere ad redhibendum dareque unum procuratorem, ne forte venditor iniuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris homo sit*; en cuanto a la *in integrum restitutio* en favor de los menores: SCAEV., 47 § 1 *de minor.*, IV, 4: *curator adolescentium prædia communia sibi et his, quorum cura administrabat, vendidit..., an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? respondi, eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset.*—De la indivisibilidad de la acción redhibitoria trata TROPLONG, *Vente*, n. 576; de la indivisibilidad de la acción de nulidad, SOLON, *Nullités*, n. 48; y ambos se pronuncian, acertadamente, *in concreto*, pero sin advertir que la división no es imposible, aunque resulte así por voluntad del demandado, y que cuando éste no se oponga, incluso un contrato ineficaz por vicios de consentimiento o por incapacidad puede, en parte, ser anulado y subsistir en parte.

negativa la falta de comparecencia dentro del término en que se puede ejercitar el derecho común. Con su abstención pueden reservarse el ejercicio de su derecho para otra ocasión, y debe ser respetado el momentáneo obstáculo que ello produzca a la resolución, no obstante el perjuicio que así haya de seguirse a quien dedujo la demanda, toda vez que para no quedar definitivamente frustrado su derecho, ha de ser respetado (1).

297. Paréceme que los principios expuestos deben ser aplicados al caso en que se constituya el usufructo sobre un patrimonio al que pertenezca un derecho de resolución, teniendo en cuenta que el objeto del usufructo es el mismo derecho de resolución, es decir, el derecho de incorporar al patrimonio aquellos bienes que se han separado de él a virtud de un contrato anulable por incapacidad o por vicio del consentimiento, o que sea rescindible por lesión, o resoluble por el cumplimiento de una condición. El usufructuario no es que se adueñe del derecho, porque los efectos jurídicos que se propone producir constituyen parte integrante de él, y, por lo tanto, en el instante en que ellos se logran no se agota la aptitud para prestar utilidad de este elemento patrimonial. Con el ejercicio de su derecho para lograr la cosa perteneciente al usufructo, no perjudica los derechos del dueño, que sigue en libertad para deducir en su lugar las acciones de nulidad, de rescisión o de retracto para obtener la nuda propiedad. Pero no puede obtener del demandado la posesión de la cosa sin la intervención del dueño, porque aquél continuaría investido de la nuda propiedad y sería responsable para con éste si no le hubiera prestado fianza bastante. Por otra parte, el demandado puede solicitar la citación del dueño, y está interesado en hacerlo siempre que la restitución que se le pide sea correlativa de la restitución de lo que él mismo haya entregado para crear la relación que ahora se resuelve. El comprador con pacto de retroventa no está obligado a limitarse a recuperar el valor del usufructo conservando la nuda propiedad; ni aunque exista culpa imputable a quien celebró el contrato por precio inferior al justo, o contra-

(1) Este corolario del principio con que se regula la *individuitas petitione* se halla expresamente consagrado en el art. 1.525 con respecto a la acción de retracto. La jurisprudencia francesa, apoyándose en la tradición, lo deducía del artículo concordante 1.570, que concluye con la afirmación: *s'ils (les vendeurs) ne se concilient pas, il (l'acheteur) sera renvoyé de la demande.* V. TROPLONG, *Vente*, 749, 750.

tó con un incapaz, o se aprovechó del error del enajenante o de la violencia empleada contra él, se le puede privar de la elección entre conservar íntegramente lo adquirido o recobrar lo desembolsado para ello, salvo las condiciones impuestas a la devolución por razones de tutela de los incapaces (art. 1.307) (a). El usufructuario carece de medios legales para obligar al propietario a que tome parte en la resolución, retracto, rescisión o nulidad, aunque anticipe la cantidad que el sujeto pasivo de la impugnación tenga derecho a obtener, devolviéndosela al terminar el usufructo. Pero una vez probada la negativa del propietario a intervenir, y antes de que venza el plazo legal para pedir la resolución, puede hacerlo en su nombre, asumiendo todas las cargas y obligaciones correlativas, sin que por ello contravenga el deber de conservar la sustancia del derecho objeto del usufructo; porque si bien lo que se propone únicamente es asegurar el goce de lo que se obtenga con este derecho, la resistencia legítima del demandado motiva la necesidad jurídica de que utilice la tácita o expresa renuncia del dueño y venga a ocupar el lugar que éste abandonó.

Esta cuestión ha sido estudiada y resuelta en sentido distinto al que propugnamos aquí, aunque sólo con respecto a las acciones de retracto y rescisión (1). Indudablemente, el vendedor con pacto de retraer puede ceder este derecho y en su nombre pueden asimismo ejercitarlo sus acreedores para obtener el pago de lo que se les debe; pero en tanto que se permite al usufructuario de un patrimonio reivindicar de los herederos del vendedor el disfrute del fundo retraído, a condición de tomar parte en las cargas del retracto, se le niega derecho a deducirlo sin contar con ellos y sin su concurso. Ciertamente que el ejercicio del derecho de retracto no constituye un fruto del derecho mismo, que le proporcione al usufructuario la

---

(a) [Art. 1.304 del Cód. esp.]

(1) Especialmente por PROUDHON, *Us.*, nn. 1.397-1.424. RICCI, II, 139, afirma que el derecho de retracto, como el de rescisión, es un derecho facultativo, cuyo ejercicio depende de la voluntad del propietario; y que al usufructuario corresponde el disfrute del patrimonio, pero no el hacer por sí solo que una cosa venga a quedar comprendida dentro del patrimonio. Ahora bien; en el patrimonio está incluído el derecho de resolución, y no carece de la consideración de objeto, o bien por la circunstancia de que le falte el correlativo de un deber con respecto a la conducta ajena, pues contiene la potestad de producir un efecto jurídico beneficioso o la cesación de una situación de derecho desventajosa.

apropiación del fundo retraído; y por otra parte, el comprador tiene el derecho de oponerse a que lo ejercite, tanto en su propio interés como en el del heredero, y reservar a éste la elección entre ratificar la compra y permitirle el usufructo del fundo, o dejarle el dominio, porque no está obligado para con él ni contractual ni realmente, no habiéndose constituído el usufructo sobre el fundo antes de que ocurra el retracto (1).

Por lo demás, sin el concurso del dueño no puede el usufructuario pedir la resolución si ésta implica la transformación o pérdida de una cosa o de un derecho que habría de conservar, para restituirlo al propietario, si no ejercitara aquella acción. De aquí que si quien vendió algo a su causante queda obligado por vicios o defectos ocultos de la cosa, podrá, dentro de los límites de su interés y para obtener una parte de la diferencia del precio correspondiente al valor del usufructo, ejercitar la *actio quanti minoris*, si el propietario no prefiere deducir la redhibitoria; él solo no podrá deducir ésta para recuperar o para restituír al propietario el precio íntegro, privándose contra su voluntad de la cosa que el propietario tiene derecho a recobrar al terminar el usufructo. Si éste se constituye sobre el dominio directo de un fundo enfitéutico, le estará prohibido igualmente al usufructuario pedir el comiso del mismo, aun cuando no haya medio de conseguir que cumpla sus obligaciones el enfiteuta; porque el derecho a un canon anual constituye la sustancia de la cosa usufructuada, y no puede arbitrariamente

(1) PROUDHON, *Us.*, 1.398, atribuye inexactamente a POTHIER la construcción que inviste del derecho al retracto al usufructuario como si se tratara de un fruto. POTHIER, *Tr. des retraits*, 570, no se refiere al usufructo del derecho de rescate *(réméré)*, sino al del derecho de retracto convencional *(retrait conventionnel)*, que es completamente distinto del derecho obligacional de retracto, como lo es del de prelación *(jus protimiseos)*, y que, como las otras múltiples formas de retracto (gentilicio, feudal, etc.; v. POTHIER, *l. cit.*, 3, 517 y sigs: *ex jure propinquitatis, ex jure congrui, ex jure condominii;* v. BESELER, *Deuts. Privatr.*, §§ 124, 125) tenía eficacia real, atribuyendo—sea cual fuese su origen—al titular la facultad de subrogarse en la compra realizada del fundo. Esta diferencia (importante, sobre todo, por cuanto que el retrayente tenía una acción contra el comprador) y la permanencia y posible perpetuidad del vínculo, no justifican, sin embargo, la construcción de POTHIER, que precisamente dice: *l'action de retrait conventionnel, à laquelle donne ouverture la vente de l'héritage sujet à ce droit, est un pur fruit civil du fonds du droit de retrait conventionnel qu'en est séparable et distingué comme la fille l'est de la mère:* pero estaría fuera de lugar extendernos ahora en una exposición crítica.

transformarla en dominio pleno. Únicamente de acuerdo con el señor directo, cuando éste asuma la carga de restituír al terminar el usufructo y reembolsar al enfiteuta, o, pagando él mismo en el acto del comiso, obligue al usufructuario a satisfacerle los intereses, podrá haber comiso y entonces el usufructo recaerá sobre el dominio pleno. Con más motivo debe negarse al usufructuario de un derecho enfitéutico la facultad de redimir el canon, bien por su propia cuenta, o por la del enfiteuta y sin su consentimiento (1).

Expuestos los anteriores principios, fácil resulta señalar cuál sea la posición jurídica del usufructuario para con el deudor de una renta cuya liberación solicita. Dicho usufructuario, sin el concurso del dueño de la renta, no puede liberar al deudor, a menos que le garantice la restitución al propietario de la cantidad entregada por este concepto de liberación (2); si no quiere afianzar, y el dueño rehusa su consentimiento, el deudor puede liberarse mediante el ofrecimiento de pago y el depósito de la cantidad, transportándose entonces el usufructo y viniendo a recaer sobre el crédito creado respecto a la Caja de depósitos. Las mismas condiciones se exigen para que el usufructuario del dominio directo pueda recibir la cantidad que entregue el enfiteuta a fin de redimir el canon. En cambio, el deudor de la renta puede oponerse a la liberación pretendida por el usufructuario, en los casos previstos en el artículo 1.785, por la necesidad de asegurarse el disfrute de la renta o un equivalente, no reconociéndole autoridad para transformar el derecho, y por tanto, alterar la sustancia del objeto usufructuado (3). Es difícil en la práctica que se niege el dueño a concurrir con el usufructuario a la liberación, pues quedando el segundo reducido a adueñarse de los inte-

---

(1) En sentido contrario hubo de resolver el Trib. de Apel. de Venecia, en 12 de junio de 1890 (*Giur. ital.*, 1890, 2, 567) al admitir que puede proceder a la liberación para evitar diligencias ejecutivas, después de haberse opuesto a una condena dictada con motivo de anualidades de canon no satisfechas, y que puede también hacer que pese sobre el propietario la carga de la restitución del capital desembolsado, al término del usufructo.

(2) El Trib. de Cas. de Palermo, en 19 agosto 1876 (*Circolo giur.*, 1876, 342), negó resueltamente la eficacia de la redención o rescate consentido por un donante que se había reservado el usufructo, en caso de no concurrencia del donatario, aun cuando se había procedido con la obligación de volver a invertir y depositando el capital.

(3) PROUDHON (nn. 1.395 y 1.396) admite el derecho de percibir, con independencia del propietario, el importe de la redención, pero únicamente en el caso de que el usufructuario haya prestado caución adecuada.

reses en vez de las anualidades, con más una cuotaparte del capital, la operación suele ser más beneficiosa para él que para el usufructuario (1). El usufructuario tampoco puede pedir la resolución de la renta vitalicia porque el deudor de ella no dé las garantías ofrecidas si no hay consentimiento del dueño, a quien, por lo común, reporta mayores ventajas.

Una consecuencia interesante de la misma regla nos la ofrece la regulación que debe darse al usufructo de deuda, que se constituye principalmente cuando al deudor se le lega el usufructo del patrimonio, o cuando el usufructuario del crédito viene a ser heredero del deudor. Las obligaciones destacadas de la principal, representativas de la renta del derecho, están a disposición exclusiva del usufructuario, y se extinguen por confusión; el deudor queda liberado de la obligación de pagar los intereses y las anualidades que venzan durante el usufructo (2). Pero subsiste la obligación principal (3), y ya que la superposición del usufructo impide al propietario del crédito exigir su cumplimiento mientras aquél dura, no queda liberado el deudor porque, como usufructuario, haya retenido lo que hubiera debido pagar. No queda liberado definitivamente, y no desaparecen las obligaciones accesorias ni la hipoteca que asegure el crédito, a menos que así lo declare el dueño; como no queda liberado ningún deudor frente al usufructuario que cobra y dispone del crédito independientemente del dueño, aun cuando deba entregarle la prestación, si al exigirla le asegura contra ulteriores pretensiones del propietario; y si éste, no protegido por la fianza usufructuaria, no quiere liberarlo, habrá de recurrir el deudor al ofrecimiento de pago y a la consignación (4).

298. El usufructuario de obligaciones que tengan por objeto un hacer, cuando el deudor deba proporcionar la posesión de cosa ya existente en el patrimonio y sobre la que por consiguiente se consi-

---

(1) Y no implica para él una carga; a diferencia de lo que sucede con respecto al comiso del fundo enfitéutico.

(2) Tan sólo en este aspecto era estudiado el *ususfructus debiti* en el Derecho romano: ULP., 3, *de usufr. ear. rerum*, VII, 5: *idem Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit, et remittendas ei usuras.*

(3) Es artificioso e inexacto hablar de una confusión resoluble: GIORGI, *Obbl.*, VIII, 103.

(4) V. sobre este particular STAMMLER, *op. cit.*, § 10 y los autores que allí menciona, sobre todo el estudio de STEINBERGER en la *Zschr. f. Civilr.*, XI, 164.

dere constituído el usufructo desde su comienzo, bien tenga sólo que restituír simplemente la cosa, bien tenga que usar además de su actividad para modificarla o transformarla, se encuentra frente al deudor en condiciones iguales a las que hemos examinado anteriormente (1), en el caso de que el deudor se halle obligado a proporcionar la propiedad de cosa no comprendida en el patrimonio. El usufructuario puede ejercitar directamente contra el deudor la obligación, pero no prescindiendo del dueño, a menos que garantice a aquél la liberación respecto a éste. Para restituír al terminar el usufructo, lo que debe conservar no es más que el objeto de la prestación recibida, porque en ésta no hay un elemento distinto de la cosa ya sujeta al usufructo que pueda considerarse parte constitutiva del objeto representado por el derecho mismo, y que por ello deba conservar el usufructuario. La distinción entre los poderes del dueño y los del usufructuario del derecho, se deja sentir de un modo diferente cuando el incumplimiento, o la mora, o el incumplimiento parcial motiven una condena de resarcimiento de daños. Lo mismo ocurre si el acto que está obligado a realizar el deudor ofrece una utilidad pasajera y no se refiere a la prestación de cosa sobre la que puedan coexistir el usufructo y la propiedad.

En las obligaciones de no hacer, el cumplimiento espontáneo beneficia al usufructuario, sobre todo si tienden a que sea más provechoso y más completo el disfrute de una cosa, o eliminan las dificultades que había para procurarse con ella una determinada forma de utilidad, y la sustancia queda intacta si, no modificándose la relación con el deudor, se coloca al propietario en situación de continuar disfrutando las mismas ventajas al extinguirse el usufructo. Cuando el deudor infringe la obligación, puede el usufructuario, con independencia del dueño, exigir de él el resarcimiento del daño que haya sufrido; y también la prestación de la cláusula penal pactada en el caso de que la infracción sea susceptible de valorarse con respecto a los varios períodos de tiempo durante los cuales está obligado a abstenerse de hacer y se refiera a ellos la expresada cláusula penal. Pero si la infracción es de naturaleza tal que, una vez cometida, haya de renunciarse a la utilidad que la inacción del deudor había de producir, y no cabe que pueda producirla ya en un período de tiempo en que pudiera haber terminado el usufructo, la obligación de indemnizar viene a sustituír a la obligación primitiva; y en este caso el usufructuario no puede pedir

(1) V. n. 295.

la indemnización o el cumplimiento de la cláusula penal si no le garantiza al deudor que restituirá su equivalente al terminar el usufructo.

Por último, en las obligaciones periódicas, o duraderas, de servicios, cabe que la prestación tenga el carácter de renta respecto al derecho a solicitarla, y que el usufructuario pueda por tanto exigirla independientemente del dueño, con el deber de conservar para éste nada más que la posibilidad de obtener la renovación (1).

299. Si el crédito está representado por un título al portador, no es presumible que el constituyente del usufructo quisiera imponer ni tolerar su apropiación por el usufructuario, y no puede comúnmente pretender la conversión en cuasiusufructo, ni él contra el propietario, ni el propietario contra él, a menos que se trate de títulos que realicen la función exclusiva de instrumentos de cambio, como por ejemplo la moneda fiduciaria, tanto del Estado, como de los Bancos de emisión autorizados por éste, o los Bonos del Tesoro (2). Pero el usufructuario no podría gozar como lo hace el dueño y obtener del deudor la entrega de las prestaciones debidas si no poseyese el título, que tiene derecho a pedir al propietario, tanto si ha afianzado, como si se le eximió de ello; y como quiera que esta posesión le inviste formalmente del carácter de dueño con respecto al deudor, no existe tutela preventiva de su obligación de conservar la sustancia de la cosa. Está obligado hacia quien permanece siendo materialmente propietario del título (y que es quien sufre el peligro de su destrucción o de su depreciación, así como disfruta del posible aumento del valor de los mismos), debiendo restituirle otros títulos idénticos a los recibidos (3); y no queda exento de esta responsabilidad sino cuando los títulos hayan sido amortizados o reembolsados a su vencimiento, o anticipadamente si pudo hacerlo la entidad emisora. Debe cuidar de los cobros a su vencimiento; y cuando llega la realización del crédito, el usufructo se convierte en cuasiusufructo (4), asumiendo desde este momento la

(1) V. HANAUSEK, §§ 19 y 20.

(2) O títulos aptos para procurar la utilidad transitoria de un servicio y destinados a una realización inmediata.

(3) Es responsable de la sustitución hecha con títulos de la misma especie, y más aún si son de emisiones diversas. V. DALLOZ, *Suppl. au Rép.*, v. *Us.*, n. 120. Es evidente que, con respecto a los títulos reemplazados, no tiene el propietario el derecho de reivindicación a que he de referirme ahora.

(4) Que tiene por objeto las sumas percibidas; por tanto, no está, desde

obligación de restituír el equivalente de las prestaciones recibidas. Debe cuidar, asimismo, de sustituír los títulos deteriorados, perjudicados o destruídos, sin que la accidental destrucción del título le exima de responsabilidad, a menos que demuestre que no pudo obtener legalmente un duplicado. Y a fin de que pueda restituír, sea cualquiera la época en que se extinga el usufructo, le está prohibido vender y pignorar los títulos, ya que no es posible separar exteriormente la propiedad del título y su usufructo, y limitar a éste la garantía real ofrecida. Los derechos del dueño quedan asegurados exclusivamente con la fianza prestada; si está exento de ella, el dueño confía en su lealtad y únicamente en el momento de pedir la restitución puede comprobar si hubo o no infracción de los derechos que se derivan de la naturaleza misma del usufructo, y exigir la reparación del daño mediante una acción personal.

Como quiera que sólo en contemplación a expectativas de buena fe se otorga la libre circulación de los títulos, el dueño de ellos conserva el derecho de reivindicarlos de quien los haya adquirido o recibido en prenda sabiendo que carecía de derecho para disponer de ellos quien los enajenó o realizó su pignoración. En cambio, la entidad emisora tiene la obligación y el derecho de reconocer como acreedor al portador, y, por consiguiente, no puede negarse al pago, aun cuando sepa que el portador no es materialmente propietario del título, o que otra persona puede pedir su reivindicación. Una consecuencia extrema, pero lógica del carácter que se imprime a la obligación al portador es que no resulta lícito al emitente rehusar el pago a quien sepa que posee ilegítimamente el título, cuando no pueda excepcionar a virtud de un vínculo contractual propio con el portador, o con motivo de una responsabilidad extracontractual en que éste haya incurrido (1); contra ello se revuelve la doctrina nuestra más reciente, y trata de justificar una negativa fundada en la voluntad del emitente de sustraerse a la responsabilidad en que podría incurrir participando en un acto delictivo (2). Pero de ninguna manera puede tener eficacia para con el emitente una limitación de las facultades del portador; y la notificación de tales limitaciones resultantes de vínculos contractuales o legales, ni neutraliza ni modifica las consecuencias del acto a virtud del cual el hoy

---

luego, obligado a procurarse títulos iguales a los reembolsados, o a pagar su precio corriente al terminarse el usufructo.

(1) V. *Motive* del Proyecto de Cód. alem., ad § 687.

(2) VIVANTE, *Dir. comm.*, II, 2, n. 830.

poseedor quedó investido de la posesión del título con el consentimiento o sin oposición del portador precedente (1).

Creo asimismo que no puede vacilarse en reconocer al usufructuario de una acción al portador, como investido que está formalmente de su propiedad, cuantos derechos puede ejercer el accionista respecto a la sociedad, y en particular el de asistir a las juntas y tomar parte en sus deliberaciones, sin que quepa distinguir entre éstas las que se refieren a la administración ordinaria social y aquellas otras que pueden modificar la sustancia del derecho de participación en la misma representado por la acción (2). El conocimiento que los administradores de la sociedad tienen de su condición y sus poderes limitados sobre el título, no les autoriza para rechazarlo ni para exigir que intervenga el dueño de la acción en concurrencia con él o sustituyéndole (3). Pero con respecto al propietario tiene obligación el usufructuario de abstenerse de ejercitar aquellas facultades (de que está investido por la posesión que le ha dado el titular) que puedan conducir a alterar la sustancia del derecho; y responderá ante él de la no participación de la convocatoria y si no

(1) Una defensa preventiva del propietario es la que establece el Código alemán: la posesión del título, con arreglo al § 1.081, corresponde en común al usufructuario y al propietario, que están autorizados para exigirse recíprocamente el depósito de aquél en un establecimiento público, haciendo constar que la devolución no podrá realizarse durante el usufructo, sino en caso de presentarse juntos ambos interesados. Ya hemos visto la defensa preventiva que representa la conversión en títulos nominativos, ordenada entre nosotros para la hipótesis de que el usufructuario no esté dispensado de caución ni pueda tampoco prestarla. WAHL, *Tr. des titres au porteur*, nn. 1.156 y sigs., llega a la conclusión desoladora de que, para determinar los derechos y deberes del usufructuario con respecto a los títulos al portador, no cabe hacer otra cosa que aplicar, teóricamente, los principios generales sobre las diferentes cuestiones; añadiendo luego que, en la práctica, tales principios son eludidos por completo. La verdad es que cuando el usufructuario rebase los límites del disfrute, enajenando el título o cediendo cupones no vencidos, o apropiándose los posteriores a la fecha de terminación del usufructo, procede, de plena conformidad con los principios generales, la sanción ordinaria de la responsabilidad.

(2) La distinción se encuentra en STAMMLER, § 13, que reivindica, en cuanto a la participación en la segunda clase de acuerdos, el derecho exclusivo del propietario. WAHL, n. 1.160, dice que el derecho de intervenir en las Juntas generales corresponde al propietario, aunque de hecho sea el usufructuario quien lo ejercite, sin que aquél pueda impedirlo.

(3) En contra, HANAUSEK, § 24.

le facilita los medios de que asista a la junta entregándole temporalmente la acción (1).

Es más interesante aún la fijación de las relaciones internas entre usufructuario y propietario en la hipótesis de duda sobre la sustancia de la obligación que representa el título y sobre la extensión correlativa del concepto de renta. El examinar la relación de un modo unilateral ha podido motivar que se atribuya (2) el carácter de renta a los premios que la entidad emisora de un empréstito se obliga a entregar, a más del pago de los intereses, en los sorteos que se hagan de los títulos del empréstito mismo; y que no tienen el carácter de tal, aparece ya con sólo ver que la accesoriedad es completamente contingente: puede asociarse la promesa del premio con la de satisfacer un interés, o ser independiente de éste, y constituír el derecho eventual a un premio lo único que entre en el patrimonio del prestamista. Pero de todas suertes, el premio no se satisface de un modo periódico, sino una sola vez, ni puede dársele normalmente el destino de satisfacer necesidades renovables, y por ello no constituye una renta para el acreedor, aun cuando el deudor lo forme detrayendo su importe de la misma renta (3). Más bien podría decirse que surge para el prestamista el derecho eventual al premio en correspondencia a una renuncia total o parcial de renta (4). Con igual energía hay que rechazar también la doctrina que en el premio ve una nueva adquisición, de la que no participa el usufructuario (5), como no se extiende el derecho del usufructuario

---

(1) A esta conclusión llega también HANAUSEK, *loc. cit.*

(2) Para otros efectos, que no son, en realidad, los de una ampliación de los derechos del usufructuario. V., sin embargo, CHAUVEAU, n. 590.

(3) Por consecuencia de este origen queda sujeto a la contribución sobre utilidades de la riqueza mobiliaria; v. Cas. Roma, 7 abril 1893 (*Foro it.*, 1893, 401).

(4) Mediante un contrato que se efectúa entre los prestadores y el emisor, y que, por no tener con respecto a éste el carácter de juego, se ha querido hacer entrar en la categoría de la compraventa, en concepto de *emptio spei*. En contra: MANENTI, *Del giuoco e della scommessa* (Apéndice a la traducción de GLÜCK, t. 11), el cual no encuentra dificultad en admitir que un negocio sea juego para una de las partes y no lo sea para la otra (§ 29); y aplicando su teoría sobre la causa, en la cual ve el motivo común y último que determina a las partes a contratar, estima que en estos casos se realiza una combinación del elemento causal «cambio» con el elemento causal «juego» (§ 31).

(5) DERNBURG, *Pr. Privatr.*; LAURENT, VI, 427.

de un fundo al tesoro que en él se descubre (1). El premio forma parte de los bienes comprendidos en el crédito condicional que constituye el objeto del usufructo, y el usufructuario tiene derecho a obtenerlo (2) y apropiárselo con la obligación de restituír el equivalente (3).

Más delicada es la cuestión de la tutela del derecho a la renta que tiene el usufructuario de una Acción de sociedad (4). Según al-

---

(1) FOLLEVILLE, *Possession des meubles*, pág. 471.

(2) Como investido formalmente de la propiedad.

(3) V. HANAUSEK, § 26; LABBÉ en DALLOZ, *Rec. pér.*, 1871, 1, 753.

(4) Limito mis consideraciones al usufructo de una acción, porque no creo posible la coexistencia de usufructo y propiedad cuando se trata de participaciones sociales que no estén representadas por un título de crédito. El art. 1.732 admite, desde luego, que pueda derogarse convencionalmente el precepto de la disolución de la sociedad por muerte de un socio (si tal derogación no existe, el usufructo no recae sobre la cuota de participación, sino sobre el derecho a la liquidación del haber social, y así entra en la categoría de un crédito ordinario); pero si admite aquella derogación, es para autorizar que la sociedad continúe *con el heredero*. El art. 191 del C. de C. no reproduce expresamente tal condición para la eficacia de la cláusula derogatoria; pero teniendo en cuenta los entorpecimientos que causa en la gestión social la sustitución por un heredero (y peor aún si son varios), y las posibles anomalías que resultan por la probable limitación de su responsabilidad al aceptar a beneficio de inventario y la posición que como socio asume (v. VIVANTE, *Trattato*, 2.ª edición, t. II, págs. 729 y sigs.), falta razón en absoluto para extender el alcance del precepto, y para admitir la transmisibilidad de la parte que se tenga en una sociedad colectiva o comanditaria simple al legatario de usufructo; y lo mismo cabe decir respecto a la cesión por acto *inter vivos* o a la creación en igual forma de un usufructo. HANAUSEK, § 28, ha estudiado el usufructo de participaciones en una sociedad colectiva, confesando no haber encontrado nunca una aplicación de tal figura. La posición del usufructuario de un patrimonio dentro del cual esté comprendida una cuota de participación social, ha de someterse al principio fijado en el n. 276, para admitir la conversión del usufructo en un derecho personal con respecto al propietario, ya que en esta materia no es compatible la propiedad con el usufructo, y que tampoco se puede, de otra parte, consentir que el usufructuario haga suya tal participación, toda vez que la transmisión no está autorizada sino única y exclusivamente con relación a los herederos. Al determinar, por lo demás, el alcance económico de este derecho de obligación, que viene a sustituír al usufructo, deben aplicarse los mismos criterios que en el texto dejamos establecidos para el caso típico de que el usufructo recaiga sobre una acción; criterios que son independientes del hecho de ir o no incorporada a un título la respectiva participación.

gunos escritores (1), los efectos del pacto social que consienta o imponga la formación de un fondo de reserva con todas o parte de las utilidades del ejercicio, no pueden frustrar el derecho esencial del usufructuario a los frutos; los frutos del capital entregado a la sociedad están representados por los beneficios que tienen derecho a repartirse entre sí los consocios; y el pacto o la ley que ordenen la constitución de la reserva no pueden producir otro efecto que diferir la distribución de los beneficios, la percepción de los frutos. Por consiguiente, no puede el usufructuario de la acción ejercitar su derecho independiente a la renta impugnando la formación de la reserva y pretender un anticipo proporcional sobre los beneficios de la gestión; pero sí podrá ejercitar un derecho sobre la parte correspondiente del fondo de reserva que viene a aumentar la cuota social y amplía su valor, bien cuando la compañía se disuelva, o bien cuando esto no ocurra durante el usufructo, en el momento en que éste termine; pudiendo entonces dirigirse contra el dueño que recupera la acción, no sólo intacta, sino acrecentada de valor.

Si tomamos como punto de partida el concepto de un usufructo que tiene la misma cuota de participación por objeto, habrá que rechazar esta solución, por motivos análogos a los que impulsan a reconocer en otros casos una disminución del valor de la cosa, como consecuencia del goce del usufructuario. El concepto de renta no puede separarse de la forma que han asumido en la economía del dueño los bienes sobre que está constituído el usufructo, para reservar así tal consideración a los beneficios de la gestión social, y trasladar a un incremento sucesivo, a una transformación de la renta, la constitución de la reserva, que no podría indudablemente perjudicar el derecho adquirido del usufructuario. Hay que renunciar a aquella reducción de los bienes usufructuados al común denominador del valor que tiene el capital representado por ellos, reducción que en el caso del usufructo de minas, patentes o rentas vitalicias, llevaría a la solución opuesta, e igualmente arbitraria, de limitar el disfrute del usufructuario y a privarlo de las utilidades que periódicamente hay derecho a esperar que reproduzca la cosa. De igual suerte que allí la forma del bien usufructuado implica la producción de posibles utilidades reiteradas a expensas de su duración, así aquí (2)

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzioni dei beni*, 377 y sigs.; MANDUCA, en el *Filangieri*, 1880, 458.

(2) Y no sólo en este caso: v. el n. 281 y el régimen del usufructo de los montes no destinados a producir una renta en madera.

la utilidad eventual repetida queda limitada para asegurar la duración y la extensión.

Así resulta del destino dado por el propietario al capital aportado a la sociedad y vinculado por las normas impuestas por la ley o el pacto a la gestión social. El usufructo no tiene por objeto aquel capital, sino el derecho que corresponde al propietario a consecuencia de la aportación del capital mismo. El que entrega un capital a una sociedad puede renunciar a obtener de él beneficios, a hacer de él la fuente de una perdurable producción de utilidades, a cambio de la utilidad que espera realizar, por ejemplo, con el negocio para el que haya sido constituída la Empresa y que llegará a ser una mayor fuente de ventajas para él. Este aumento patrimonial, este ingreso tiene por causa la aportación y el vínculo social; pero, a diferencia de la renta, no se previó su repetición, y si se realiza durante el usufructo, el usufructuario del patrimonio no puede pretender del dueño (1) su prestación, a menos de asumir respecto a él la misma responsabilidad que le incumbe en punto a la restitución de las cosas que preexistían en el patrimonio. El alcance del usufructo se modifica si la gestión social es más compleja y está organizada para una productividad permanente, como por lo general ocurre en las sociedades por acciones; entonces en el contrato de sociedad se estipula, o en caso de duda se presume, el reparto anual de beneficios (2). Pero esto no implica la necesidad jurídica de que se repartan todos los beneficios, y no tiene carácter de renta la porción que legítimamente se sustraiga al reparto, y por lo tanto, y sea cualquiera el tiempo, el usufructuario carece de derecho para hacerla suya;

(1) Obligado personalmente con respecto a él, según se ha dicho en la n. 4 de la p. 404.

(2) V. TROPLONG, *Société*, 846; DELANGLE, *Soc. commercial*, 825; GUILLOUARD, *Soc.*, 219; VIDARI, *Dir. comm.*, II, 895; MANARA, *Soc. comm.*, I, 138. Estudiando VIVANTE las sociedades comerciales en general, *Dir. comm.*, II, 316 (2.ª edición), niega la existencia de regla consuetudinaria alguna en virtud de la cual, y supliendo el silencio del contrato, se reconozca el derecho a una distribución anual de beneficios en toda clase de sociedades mercantiles; y observa que muchos contratos, fijando un determinado interés al capital y una remuneración a los socios industriales, dejan en la caja social, especialmente en los primeros años, la totalidad de las utilidades o una parte de ellas. De todos modos, cuando habla de las sociedades por acciones (n. 579), admite que la constitución de reservas no exigidas legalmente ni previstas en los estatutos no puede imponerse a las minorías que disientan de tal acuerdo; con lo cual reconoce formalmente en este caso el derecho de los socios al reparto de beneficios.

tiene que restituír al terminar el usufructo la acción aumentada de valor en proporción a la cuantía a que ha ascendido el capital social de reserva (1); únicamente cuando la sociedad se disuelva durante el usufructo, habrá que entregarle el valor de la acción, pero para que lo restituya a la extinción del mismo.

Al reparto no pueden sustraerse legítimamente más que las utilidades que la ley misma (Cód. de Com., art. 182) o los estatutos sociales, que constituyen la ley para los socios y sus causahabientes, destinen a la formación del fondo de reserva. Cuando la constitución de éste no esté prevista en los estatutos, su creación, aunque se inspire en el propósito de vigorizar el crédito y la solidez de la empresa, y asegurar así mayores utilidades en ejercicios venideros, significa siempre un sacrificio de los intereses individuales que no puede imponerse; contra la voluntad de la mayoría, debe facultarse a estos intereses individuales para oponerse (2), y sobre todo al usufructuario, que no encuentra compensación de la privación actual en la esperanza de beneficios futuros mayores (a).

En la segunda clase de los títulos de crédito, en los títulos a la orden, lo mismo que en los títulos al portador, no aparece del título en sí la distinción de facultades entre el usufructuario y el propietario; ni la ley reconoce, ni hay necesidad de que reconozca, que en el título se haga mención de la especial comunidad de derechos resultante de la superposición del usufructo a la propiedad, como está ordenado que se haga constar mediante el endoso de garantía la constitución de una prenda; y aun cabe que del crédito representado por el título no se consigne en el mismo título ni la propiedad ni el usufructo; que es lo que sucede en el caso de transmisión hereditaria al último endosatario, debiendo recurrirse entonces a documentos distintos del título, para capacitarse frente al emitente y a otros obligados, de los que aparezca el concurso de propiedad y usufructo. Pero la naturaleza del crédito, cuyo ejercicio está condicio-

---

(1) En tal sentido, GENTY, *Usufruit*, 121; DALLOZ, *Rép.*, v. *Banque*, 109; MASSÉ, *Droit comm.*, III; VAVASSEUR, *Sociétés*, 609; VIVANTE, *Dir. comm.*, II, 577 d.

(2) VIVANTE, lug. cit., y autores que allí se mencionan. V., de todos modos, una sentencia en contrario dictada por el Trib. de Apel. de París el 16 de julio de 1896 (*Sirey*, 1898, 2, 89). FERRARA, *Usufrutto dei crediti*, p. 143, quiere igualmente privar al usufructuario de las reservas estatutarias y de las formadas por acuerdo de los socios.

(a) [En Derecho español, v. las consideraciones de MANRESA, p. 395.]

nado íntimamente a la disponibilidad del documento, dificultará la aplicación de los principios señalados respecto a la facultad de cobro por el usufructuario; los obligados pueden negarse al pago pedido por persona que no puede liberarles, aun cuando ofrezca garantía de hacerlo. De aquí la necesidad absoluta de que concurra el dueño y que el usufructuario carezca de autonomía para proceder. Para evitar esto, y dejar íntegro al usufructuario el goce del título con arreglo a su destino normal, que es realizar un valor, no sólo percibiendo su importe al vencimiento, sino pudiendo descontarlo, me parece que el usufructuario podría solicitar del dueño que se le invistiera formalmente de la propiedad del título, mediante endoso, naturalmente limitado por la cláusula «sin garantía» (1).

En cuanto a los títulos de crédito nominativos, el propietario está preventivamente asegurado con el régimen a que está sujeta la Deuda del Estado; la ley de 10 de julio de 1861 reconoce la inscripción del usufructo y dispone (art. 26) que se haga de él anotación especial, tanto en la inscripción, cuanto en el certificado relativo a ella; y el Reglamento de 8 de octubre de 1870 ordena que la Administración expida un certificado especial a nombre del usufructuario, que le permita con independencia del dueño percibir los semestres de intereses, con el cual cobro se agota la potencialidad entera de este usufructo. La misma separación formal de los derechos del usufructuario y del propietario es posible teóricamente para todos los demás títulos nominativos que emitan las entidades públicas, instituciones, sociedades, etc.; y en esta posibilidad teórica se funda el principio, recordado ya, que en términos generales reconoce como sustitutivo de la fianza la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos con anotación del usufructo (2).

---

(1) HANAUSEK, § 24, le atribuye el derecho a ceder el título, aun reconociendo que la transferencia mediante cesión repugna a la naturaleza de los títulos a la orden; pero lo hace precisamente para evitar que sus facultades se amplíen con la posibilidad de otras transmisiones y que adquiera una acción para repetir contra el propietario. Este segundo efecto se evita asimismo con la limitación ya indicada del endoso (v. VIVANTE, II, 880 y ss.); me parece, por el contrario, que debe verse en la aptitud del título para circular un destino económico encaminado a su realización según las necesidades del tenedor, y que a ese destino ha de acomodarse la determinación de los poderes del usufructuario, sin que el propietario pueda quejarse si antes del vencimiento se verifica la conversión del título en una suma, de que el usufructuario habrá siempre de responder personalmente.

(2) Regla que una proposición de ley presentada a la Cámara francesa el

Pero la posibilidad práctica de esta separación depende de las condiciones que se fijen a la emisión y transmisión de los títulos; y se comprende perfectamente que sea un obstáculo para ello el interés de la institución emisora en determinar de un modo claro su propia posición jurídica, singularmente cuando el derecho que representa el título revista cierta complejidad, como en las acciones de sociedades. Para la aplicación de los principios expuestos conviene reconocer el derecho del usufructuario a la propiedad formal del título, y, por lo tanto, a la transferencia del mismo a su nombre, para lo cual se requiere la cooperación de la entidad emisora, y ordinariamente hacer el debido asiento en los registros de ésta. El que conserva sustancialmente la propiedad del título, tiene derecho a una nueva transmisión al expirar el usufructo, si dicho título está todavía en vigor; y un derecho a ser indemnizado por las enajenaciones que haya realizado el usufructuario, o por haber dispuesto de los intereses o de los dividendos futuros, o, tratándose de una acción, por la participación que haya tenido, sin acuerdo previo con el dueño, en las deliberaciones de las Juntas que hayan podido modificar el objeto o los estatutos de la sociedad.

300. El concepto de destino económico significa determinar la actividad que lícitamente puede ejercerse sobre la cosa, y no sería lógicamente inaplicable, como lo es en los derechos a prestaciones determinadas (1), con respecto a derechos absolutos, como son los derechos de autor y de inventor, los cuales corresponden a un deber general de abstención, y constituyen la defensa de un número indeterminado de facultades, cuales son las diversas maneras de publicar, de fabricar, de reproducir y de vender. Tampoco puede admitirse que el destino económico resulte de la circunstancia de que la facultad protegida la haya ejercitado el dueño en cierta medida y en determinados intervalos; porque no basta el propósito de persistir en esta forma de disfrute para señalarlo como disposición material que se imprime a la cosa; ni es concebible tampoco que por la manifestación de este propósito quede vinculada la propia actividad del dueño, salvo el caso de que la misma presida a la constitución del usufructo, y, como muy bien puede suceder, sirva para fijar directamente las relaciones con el usufructuario; hay que esperar,

12 de febrero de 1894 había intentado introducir para modificar el art. 602 de aquel Código.

(1) V. *supra* p. 314.

como es natural, sin embargo, que la forma de disfrute cambie y varíe las condiciones de la oferta, a medida que varíen las de la demanda.

Sin duda, puede el propietario reservarse el libre disfrute de la obra o de la invención, cediendo a otro el derecho de exclusiva; pero entonces desaparece la posibilidad de que recaiga el usufructo sobre el derecho de autor o de inventor. No quiero dar demasiada importancia a las observaciones que pueden hacerse sobre la inagotabilidad del derecho de exclusión y sobre la productividad creciente de la obra o del invento a medida que sea mayor su disfrute, porque la demanda aumente con la oferta de los artículos en que está incorporado el descubrimiento o la invención; observaciones con que ha querido justificarse el carácter limitado del goce del usufructuario (1); más bien me inclino a creer que un excesivo disfrute puede ocasionar el agotamiento de la potencialidad, privar de beneficios a la producción y no estimular la demanda; pero también creo que no hay tal límite, y que el dueño, una vez terminado el usufructo, y si el derecho sobrevive a éste, no podrá quejarse de la manera en que el usufructuario haya hecho uso de aquel derecho siempre que quede intacta la capacidad originaria de ejercerlo, porque la forma de ejercitarlo no venga impuesta por la práctica seguida anteriormente por él.

Según hube de advertir al tratar del usufructo sobre las minas, también aquí hay necesidad de un acomodo espontáneo de los intereses de usufructuario y propietario, fundado en los obstáculos económicos y en los riesgos de la sobreproducción. La renta del derecho de autor y de inventor no se obtiene sin un empleo de capital complementario, tanto más costoso cuanto mayor es el riesgo que corre el productor a causa de la brevedad o la incertidumbre del plazo en que le es permitido desenvolver su actividad. Sobre todo cuando no está señalado de antemano el término del usufructo y, reintegrándose, por tanto, el titular en su derecho de exclusión, puede prohibir al usufructuario o a sus causahabientes todo acto posterior de reproducción y de venta, como podía habérsele prohibido a él durante el usufructo, tendrá el usufructuario que moderarse en acometer gastos de publicidad y de implantación que sólo puedan ser compensados por una producción larga y continuada. En los más de los casos, y si no media acuerdo, sucederá que la perspectiva de una interrupción repentina de su actividad productora, por

(1) V. HERMANN, *Niessbr. u. Pfandr. an ein. Patentr.*, ps. 43-44.

cesación del usufructo, lo contenga y no le deje llegar a los límites que pudieran convenir al titular que la desplegase para preparar el mercado y conservar la clientela.

El régimen de esta interrupción y tránsito presenta dificultades nada leves. No puede reputarse ilícito todo acto que, si considerado aisladamente atacaría el derecho de exclusiva, aun realizado después de cesar el usufructo y por parte de los herederos o de sus causahabientes, se relacione estrecha y necesariamente con actos realizados de manera lícita durante la vigencia de aquel derecho. Esto es aplicable principalmente a la venta de ejemplares de una obra ya publicada o reproducida, de una máquina o de un producto industrial fabricado con anterioridad a la extinción del usufructo. Y no sólo para que se defiendan contra la acusación de violar el derecho de autor o el de exclusiva habrá de permitirse al usufructuario y a sus causahabientes probar que el acto material de la reproducción o fabricación fué realizado antes de cesar el usufructo, sino que no hay que descuidar la posibilidad de demostrar con ello que la fabricación en cantidad superior a la corriente en un establecimiento tipográfico o industrial de tipo normal, y según las especiales condiciones de una cierta manera de producción, se haya realizado para defraudar los derechos del titular (1) y prorrogar, en su caso, más allá de la duración del usufructo la competencia con él.

De todas suertes, después de aquel plazo no se puede relacionar una actividad lícita de los causahabientes del usufructuario, más bien que con un acto material, con un hecho jurídico precedente. Si el usufructuario goza indirectamente del derecho de autor o de inventor autorizando a otros para reproducir, mediante un contrato de edición, o concediendo representaciones o facultando para fabricar, incurrirán éstos en igual responsabilidad cuando cese el derecho de aquél, y quedarán sujetos asimismo a la prohibición, ya que no de recoger el fruto de cuanto hayan preparado efectivamente para el mercado, de seguir produciendo: esto aparte de su derecho a repetir contra el usufructuario autorizante si no dió conocimiento de la limitación de sus poderes, y salva la responsabilidad misma del titular cuando por obra suya ignorasen que contrataban con un simple usufructuario (2).

---

(1) V. en el § siguiente el n. 307.

(2) En RENOUARD, *Dr. d'auteur*, II, p. 257, y en POUILLET, *Dr. d'auteur* 214, pueden verse algunas observaciones fragmentarias acerca de este asunto,

Hay quien pretende (1) que con la obligación de conservar la sustancia se crea un impedimento al usufructuario para pedir la nulidad de la exclusiva mediante la acción que la ley autoriza a ejercitar a cualquier interesado (art. 59 de la ley de 1859) (a); o que aun admitida la posibilidad de ejercitar dicha acción con arreglo a esa ley especial, cuando para defender libremente su interés de inventor o productor no renuncie inmediatamente al usufructo, incurrirá en responsabilidad. Sería lo mismo que reconocer una responsabilidad en el usufructuario que reinvindica la propiedad o una servidumbre sobre el fundo usufructuado; las obligaciones del usufructuario constituyen una garantía de los derechos del propietario, no una garantía del estado de hecho existente contra los derechos que por cualquier título pertenezcan a la persona investida del usufructo.

Hay que tener en cuenta, en cambio, que el usufructuario no puede limitar el alcance de la patente pidiendo que se reduzca la exclusiva (art. 23). La facultad de limitar el privilegio desempeña normalmente la función de salvarlo de la nulidad, limitando la protección a aquella parte del invento cuya novedad no puede impugnarse. Pero si al usufructuario se le consintiese, podría ocurrir que causara con ello un perjuicio al derecho del titular, y que se proporcionara para otros o para sí mismo, al extinguirse el usufructo, el libre goce del invento privilegiado. Por otra parte, tampoco el titular podrá pedir la limitación sin el consentimiento del usufructuario, porque pudiera igualmente ser perjudicial a éste.

En cuanto a la ampliación del alcance del privilegio, bien con la petición de prórroga (art. 12), bien con la solicitud de concesión en otro Estado, valiéndose para ello de los tratados internacionales (Convención de Bruselas de 20 de marzo de 1883, modificada en 14 de diciembre de 1900, arts. 4 y 4 bis), puede lastimar el interés que el titular tenga en quedar libre para disfrutar de la patente en otra época y en otro campo que aquel señalado en la concesión primitiva, ya que durante el usufructo le impide éste gozar del derecho exclusivo. No puede decirse que hiera a su derecho, pues éste implica precisamente una limitación de la libertad de disfrute, y no se puede comparar la posición del titular de una patente ya conce-

---

con motivo de los derechos que corresponden a la viuda del autor de obras literarias o artísticas.

(1) HERMANN, *op. cit.*, págs. 45 y 46.

(a) [Art. 104 de la ley española sobre propiedad industrial.]

dida con la posición del inventor o sus herederos que no han provocado la constitución de ese derecho, y contra cuya voluntad no puede pedirlo el usufructuario del patrimonio porque todavía no es un elemento patrimonial (1).

Creo que debe reconocerse también al usufructuario la facultad de modificar el privilegio pidiendo que se le expida un certificado adicional (art. 9); por analogía puede aplicarse lo dispuesto en la ley francesa de 5 de julio de 1844, en que está inspirada la nuestra, y que, reconocida explícitamente la cesión parcial de la propiedad de la patente (art. 26), admite asimismo que a los distintos causahabientes se les expidan certificados adicionales, los cuales, instados por uno, aprovechan también a los demás (art. 16). Y aunque ningún perjuicio causa esto al titular, pues al volver a estar en posesión de la patente puede renunciar a utilizar la declaración adicional, y ningún agravio recibe la patente principal con que se impugne o anule dicho certificado, tampoco puede decirse que el usufructuario, que por esta vía se procura protección a sus propios inventos, aprovecha indebidamente las facilidades fiscales que se dan a los certificados complementarios, que están justificados siempre que no se cree con ellos un nuevo derecho de exclusiva. Es obvio, además, que el usufructuario puede preferir la petición de una nueva patente para las modificaciones y perfeccionamientos que introduzca, y que en el disfrute de ella no queda vinculado como otros titulares de privilegios subordinados, mientras dura el usufructo. Pero aun la preferencia de que para obtener un acta adicional de modificación disfrutan en los primeros seis meses de la vigencia de una patente «el autor y los causahabientes del invento» (art. 26) corresponde al usufructuario, con exclusión del mismo titular, a quien durante el usufructo está en el derecho de excluirlo del goce (a).

---

(1) La diferencia entre una solicitud de reducción y otra encaminada a obtener prórroga, o a ejercitar un derecho de prioridad al pedir la patente en otro Estado, no puede impugnarse sobre la base de los preceptos de la ley y del reglamento que exigen como condición, en uno y otro caso, la prueba de la pertenencia de la patente y la demostración de haberse registrado. La pertenencia (únicamente el § 41 del reglamento de 31 de enero de 1864 emplea, en cambio, la expresión «propiedad de la patente») comprende incluso la pertenencia temporal atribuída al usufructuario, cuyo registro puede muy bien exigirse asimismo.

(a) [Los arts. 70 y siguientes de nuestra ley conceden al poseedor de una patente de invención o a su derechohabiente, el derecho a hacer en el objeto de la misma los cambios, modificaciones o adiciones que crea convenientes, los

301. Como en ninguna otra forma de usufructo, el de un establecimiento comercial e industrial implica para su titular la necesidad jurídica de desarrollar una actividad positiva. No sólo no puede, para sustraerse a los cuidados y a la responsabilidad de administrar el negocio, utilizar elementos particulares de él, según su varia naturaleza, y provocar así su disgregación, sino que tampoco puede eximirse de esta responsabilidad renunciando a obtener utilidad del establecimiento, conservándolo en su poder e impidiendo que lo rija y disfrute el propietario, porque el deterioro y dispersión de los elementos que lo constituyen y su ruina, siguen inexcusablemente a cualquier interrupción en la vida de aquél. Por lo tanto, o debe renunciar expresa e inmediatamente al usufructo del establecimiento, o debe asumir su administración, o arrendarlo: el desuso no sólo origina la extinción del usufructo, sino que quedaría responsable frente al propietario de todas las consecuencias perjudiciales que trajera consigo el deterioro y depreciación de las mercancías, por ejemplo, y la pérdida de la clientela. Y esto ocurre sin excepción alguna, aun en el caso de que la tienda o negocio se legue en usufructo a persona no comerciante; más todavía: aunque no pueda ejercer el legatario esta actividad por estarle prohibido a causa de la profesión que tiene, o porque no haya en la casa mercantil de que se trate capital suficiente para su manejo (1); el usufructuario tiene que elegir entre la gestión directa o el arrendamiento, con el cual, aun cuando responsable ante el dueño, evita el ejercicio personal del comercio; pero si en la gestión directa o para el arrendamiento necesita de nuevo capitales, tiene que resignarse, y carece de derecho para pedir auxilio al dueño, o pretender alguna compensación por el disfrute de que se priva al no querer o no poder aportar fondos. Menos aún podrá obligar al dueño a que venda el establecimiento, salvo prueba de que el conjunto de bienes que hay en él no tiene de tal establecimiento más que el nombre o la apariencia, y carece de aquella unidad económica susceptible de conservación y desenvolvimiento, pues entonces podría invocar su derecho a utilizar como cosas singulares los bienes que de aquél forman parte (2).

---

cuales se hacen constar por certificados de adición, que son un accesorio de la patente principal.]

(1) V. NAVARRINI, *Studi* cit., II, 13.

(2) Otros afirman que si el usufructuario no quiere continuar su ejercicio, puede el propietario exigir la venta; y que si el usufructuario toma la iniciativa

Partiendo del concepto de que el usufructo tiene por objeto el establecimiento, debe aplicarse un criterio único para medir la responsabilidad del usufructuario, y no hacer distinción, según sea la diversa naturaleza de los elementos constitutivos, para sujetarlo al valor de tasación del capital circulante, destinado al cambio, y a la restitución del capital fijo, en las condiciones de deterioro en que pueda hallarse después de largo uso. El usufructuario está obligado a conservar y restituír entero el negocio con el aumento de valor que haya podido adquirir en virtud de la potencialidad de desarrollo de que disponía. La misma valoración total que por acaso se hiciera al comenzar el usufructo, no bastaría para transmitir al usufructuario la propiedad de la tienda salvo, naturalmente, disposición expresa del título constitutivo o acuerdo entre las partes; mas tampoco serviría para limitar de un modo absoluto la responsabilidad del usufructuario, contra el cual podrá probarse que si no ha sufrido alteración el valor total al cesar el usufructo, depende del valor mayor adquirido por el conjunto o alguno de los factores a virtud de las condiciones del mercado, en tanto que otros han sido indebidamente destruídos sin sustituirlos durante el usufructo. Las mejoras debidas al trabajo o a los gastos del usufructuario podrán tomarse en consideración también para compensarlas con los deterioros originados por su culpa; pero como en las demás formas del usufructo, no tiene derecho alguno a indemnización por ellas; y aun conforme al principio expuesto ampliamente del artículo 495, se le reservará su derecho a recobrarlas, teniendo en cuenta asimismo el derecho del dueño a impedir la retirada de ellas, indemnizándole del precio que por las mismas hubiera podido obtener. Ahora bien; carecen de aquel carácter de mejora las sustituciones que el usufructuario haya realizado para poner en movimiento el capital del establecimiento a medida que fué adueñándose de sus elementos varios, ni los aumentos mismos que para conservar o mejorar las condiciones del capital fijo, haya hecho dentro de los límites de los recursos obtenidos con el producto del negocio.

También tienen la condición de elementos constitutivos del patrimonio mercantil, los créditos que existan al comenzar el usufructo, y con respecto a los cuales goza el usufructuario de una posición de independencia muy distinta de la que le corresponde cuando el crédito mismo es el que constituye el objeto del usufructo. No sólo

---

de esta última, ha de requerir al propietario para que concurra a la operación: AUBRY y RAU, § 236, 8 y CHAUVEAU, 583.

puede por sí cobrar y hacer suyo el importe, que continuando la marcha normal del negocio habrá de invertir en beneficio de él, sino que tampoco le está prohibido que extinga el crédito en otra forma, como delegando su cobro o novándolo, y de todas suertes, el deudor que ve en él al gerente del establecimiento a quien pertenece el crédito, lo supone capaz por sí solo de liberarlo con eficacia; en tanto que con respecto a las alteraciones que pueda producir en la posición jurídica del dueño, o por no haber invertido en el negocio el capital cobrado del mismo, habrá de responder ante aquél. De igual suerte entran a formar parte del establecimiento los créditos que el usufructuario adquiere, y al consolidarse el pleno dominio subentra el dueño en la relación contractual, quedando desde este momento obligado también a soportar las deudas contraídas a causa del negocio, de igual suerte que puede ser demandado asimismo durante el usufructo ante los tribunales, si el usufructuario se ha venido sirviendo para fines mercantiles de su nombre y su razón comercial (1).

§ 3.—ARRENDAMIENTO DEL FUNDO USUFRUCTUADO.

SUMARIO: 302. Goce indirecto del usufructuario. El usufructuario ante el arrendamiento contratado por el propietario.—303. Arrendamiento celebrado por el usufructuario. Duración de sus efectos y posibilidad de resolverlo des-

(1) V. sobre toda esta materia el interesante estudio ya citado de NAVARRINI, y también, aunque inspirados parcialmente en otro propósito, los trabajos de MANDOLESI, en el *Foro ital.* (1902, 932), y L. FERRARA en la *Giurisprudenza ital.* (1902, 273), los cuales siguen la opinión de FADDA y BENSA, y catalogan el establecimiento mercantil dentro de la categoría de las *universitates juris*. Para mayores desarrollos bibliográficos pueden consultarse ambos artículos. De la consideración del establecimiento como universalidad de derecho, en el sentido equívoco de la doctrina corriente, y no en el concreto que le atribuye la nota de FADDA y BENSA tantas veces citada, ha partido sin duda el Trib. de Apel. de Aquila al dictar su sentencia de 25 de septiembre de 1900 (*Foro*, 1901, 367), donde declara que la evaluación de las mercancías de un establecimiento constituído en dote no traspasa al marido la propiedad de las mismas. Respecto a la transmisión de las deudas al propietario, cfr. MORTARA en el *Foro ital.* (1885, 305), al censurar la sentencia en sentido contrario pronunciada por el Trib. de Apel. de Turín el 28 de marzo de 1885; de todas suertes, pueden citarse como resoluciones análogas, la de la Cas. de Roma, 24 noviembre 1882 (*Foro*, 1882, 1.095) y Apel. Génova, 27 noviembre 1899 (*Foro*, 1900, 355).

pués de extinguido el usufructo.—304. Plazo de posible prórroga.—305. Caso de extinción anticipada del usufructo.—306. Prórroga de los arrendamientos celebrados por el titular de un usufructo a plazo fijo.—307. Excepciones contra la prórroga.—308. Relaciones del usufructuario con el arrendatario.

302. El usufructuario es libre, en general, de usar de la cosa para obtener su utilidad, o de ceder el goce a otro por el tiempo de duración de su derecho, bien sea a título gratuito u oneroso.

Esta doble facultad no la sanciona el artículo 492 (a), al cual, no obstante la fórmula ambigua que emplea de «transmisión del ejercicio», debe atribuírsele, como veremos muy pronto, otro alcance; pero sí aparece del principio fundamental formulado por el artículo 477. Está, sin embargo, sujeta dicha facultad a una limitación (1), porque el usufructuario, como todo el que sucede a otro en la propiedad, está obligado a respetar aquellos arrendamientos del fundo usufructuado que consten en escritura de fecha cierta y anterior al instante en que comienza su derecho (art. 1.597) (2). Pero se trata del momento *en que surge su derecho*, no del momento en que esté en condiciones de ejercerlo, pues en el intervalo entre la apertura de la sucesión y el instante en que se posesiona el usufructuario, los herederos carecen de derecho para modificar las condiciones de goce del usufructuario estipulando arrendamientos, y si llegaran a hacerlo carecerían de eficacia para aquél (3). La reserva que haga el arrendador de su derecho a resolver el arrendamiento en caso de venta, como quiera que implica una derogación

---

(a) [Está, en cambio, explícitamente admitida en el art. 480 del Cód. esp. V. también con relación al usufructo de viudedad, el art. 72, regla 2.ª del Apéndice foral de Aragón.]

(1) Aparte de cuanto queda dicho *supra* en el n. 279.

(2) Al paso que en Derecho romano, y vigente el principio *emptio rumpit locationem*, el usufructuario tenía facultades para despedir al inquilino: PAULO, 59 § 1 *de us.* VII, 1 (b).

(b) [Recoge todavía el principio romano el Código esp., art. 1.571. Apoyándose en la consideración de ser el arrendamiento en nuestro Derecho un simple derecho personal, y aplicando por analogía la solución indicada en este artículo para el caso de venta de la cosa arrendada, entiende DE BUEN que puede el usufructuario disponer la terminación del arriendo, salvo en el caso de que éste haya llegado a constituirse, conforme a nuestra legislación hipotecaria, como un derecho real, pues en tal caso se hace fuerte frente a terceros (*Enciclop.* cit., t. XXX, pág. 593).]

(3) PROUDHON, 1.226.

a sus efectos normales, puesto que elimina un obstáculo a la transmisión por un precio conveniente, hay que interpretarla de un modo restrictivo, y no puede aplicarse a más casos de los taxativamente señalados, ni hacerse uso de ella cuando haya sido legado el usufructo del fundo, o resulte adquirido ese derecho *ope legis*, como tampoco en mi opinión debe aplicarse en la hipótesis de una donación del usufructo; pero en cambio no debe excluirse la resolución si en vez de la propiedad se vende o transmite el usufructo a título oneroso.

Ahora bien; el usufructuario, como sucesor en la propiedad, subentra en la relación jurídica con el arrendatario y lo hace en concepto de dueño; por consiguiente, puede alegar cuantos derechos se deriven del pacto, con independencia del propietario contratante del arrendamiento; y puede despedir al arrendatario en las condiciones que prevea el contrato, de igual suerte que ambos pueden modificarlo o resolverlo directamente; y los que sostienen opinión contraria (1) y abogan por una ulterior limitación de la libertad de obrar del usufructuario, para lo cual le prohiben absolver al arrendatario de la obligación contraída, cuando el fundo arrendado constituya el objeto del usufructo, no pueden invocar como fundamento sino el concepto inexacto de que al usufructuario le corresponde, más bien que la propiedad, el usufructo del derecho que nace del contrato de arrendamiento; y que, por tanto, no puede alterar la sustancia del mismo tal como resulta de lo estipulado en aquél. Y si en este caso en que hay determinación específica del objeto usufructuado no se puede trasladar a un objeto distinto la relación entre propietario y usufructuario, igual debe ocurrir cuando se trate de usufructo universal, porque el derecho derivado del arrendamiento no constituye un elemento independiente del patrimonio, no es un accesorio de la cosa representada por el fundo arrendado, no es susceptible de separarse y valorarse independientemente de ella, y por tanto, no implica la sujeción a un derecho particular de usufructo.

También hay que reconocer que pueden restringirse las facultades del usufructuario mediante una cláusula del acto constitutivo que le obligue a respetar los arrendamientos vigentes; como debe suceder implícitamente si la importancia económica del arrendamiento celebrado por el propietario parece predominar sobre el mismo fundo arrendado. Un contrato de arrendamiento pactado,

(1) Por ejemplo, PROUDHON, 1.228-1.230.

por ejemplo, para mejorar el fundo, y en que a cambio del goce concedido por más de treinta años se obligue el arrendatario a invertir capital y trabajo para roturar y labrar un predio inculto, no puede resolverse al arbitrio del usufructuario, porque el vínculo jurídico que asegura la transformación del fundo, es un elemento principal respecto del predio mismo, que viene a ser lo accesorio en el patrimonio del dueño y la sustancia de aquél es la que debe conservar el usufructuario. No sólo faltaría a su deber con resolver el contrato y liberar de su cumplimiento al arrendatario, para disfrutar él (el usufructuario) directamente del fundo y devolverlo en la situación en que estaba al comenzar su derecho, frustrando con ello la esperanza del dueño de recobrarlo aumentado de valor, sino que tampoco podría sustituír al arrendatario en la realización de las mejoras, para cuya ejecución le faltan al dueño aquellas garantías jurídicas que mediante el contrato obtuvo del arrendatario. Más difícil es decidir si esa resolución, prescindiendo de la responsabilidad que entrañe para con el propietario es o no eficaz y definitiva para el arrendatario (1), y si la limitación de los poderes que a éste le están atribuídos, no en cláusula expresa del acto constitutivo, sino mediante la relación económica entre el fundo y el vínculo contractual, defiende preventivamente los intereses del dueño, como si el usufructo tuviera por objeto un derecho de obligación independiente (2).

303. El principio que asegura al arrendatario la prestación del disfrute por parte de quien adquiere del arrendador la propiedad o el usufructo, presupone que con facultad plena para disponer se le haya así prometido (3); y por lo tanto, de aquí no se deriva la per-

---

(1) Niega esta eficacia PACIFICI-MAZZONI, *Distinzioni dei beni*, 443.

(2) V. *supra* n. 291.

(3) La tesis sostenida ingeniosamente, aunque no llegue a convencernos por SIMONCELLI, *Locazione dei predii urbani e rustici*, 26 y ss., y seguida por ABELLO, *Della locazione* (en la misma colección), 35, es que el poseedor legítimo, séalo de buena o de mala fe, obtiene con el *jus possessionis* la facultad de disponer del disfrute, y que, por tanto, e incluso respecto al propietario reivindicante, produce efecto el arrendamiento que aquél haya concertado. SIMONCELLI combate la aplicación a los arrendamientos de los principios *resoluto jure dantis* y *nemo plus juris*, que, si sirven en materia de transmisión de derechos reales, no tienen valor en la constitución de derechos de índole personal, como el del arrendatario; a lo sumo, admite su aplicación analógica a aquellos arrendamientos por más de nueve años con los que queda gravada la cosa como con un

sistencia de su derecho cuando la facultad del arrendador esté limitada en cuanto al tiempo. Si este principio se reconoce y se habitúa a arrendar los predios contando con la estabilidad del disfrute, queda todavía un obstáculo insuperable a los arrendamientos que quiera concertar el usufructuario según las distintas condiciones que determina su poder temporal; y aun la misma responsabilidad per-

jus in re. Y sostiene que el *jus possessionis* implica «una esfera de facultades, de actos que son la consecuencia natural de dichas facultades»; que «la *rei vindicatio* lo resuelve, pero respeta los actos ejercitados con arreglo a él anteriormente»; y que, como no repercute, respecto al poseedor de buena fe, en cuanto al disfrute, ni tampoco, por lo que toca al poseedor de mala fe, sobre los actos que no resulten lesivos para el propietario, no afecta a los arrendamientos, ya que, al estipularlos, el poseedor se ha cuidado del cultivo de los predios, y omitiéndolos, incurriría en responsabilidad. De estas consideraciones y de la idea de que «la posición del poseedor no ha de ser inferior a la del usufructuario» deriva como consecuencia la eficacia de sus arrendamientos sin el límite fijado con relación a los que el usufructuario pacte. En el razonamiento de SIMONCELLI entra como elemento accesorio la buena fe del arrendatario, en tanto que es ella la que sirve de base exclusivamente a la eficacia, no limitada en cuanto al tiempo, de los arrendamientos concertados por un propietario aparente, según la opinión de TROPLONG, *Louage*, I, 98; y GUILLOUARD, *Louage*, I, 56, 448, reconoce su eficacia, si el poseedor es de buena fe, cuando se trata de arrendamientos hechos por el usufructuario o por el marido, aun cuando este autor se base para ello en el carácter de actos de pura administración que tales operaciones revisten. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Louage*, I, 58, propenden a igual reconocimiento dentro de los mismos límites, pero sin distinguir entre poseedor de buena y de mala fe. Las soluciones a que por caminos tan distintos llegan estos escritores, son un síntoma elocuente de la imperiosa necesidad de reforzar la tutela de las expectativas, en apoyo de lo cual viene en nuestro Derecho, si bien muy parcialmente, el precepto (no existente en Derecho francés) que reconoce la eficacia de las estipulaciones a título oneroso convenidas por el heredero aparente; necesidad que únicamente podrá quedar atendida al reorganizarse la propiedad inmueble y reconocerse los derechos que de buena fe se hayan adquirido, aun en contra de lo que conste en los libros registrales. Pero en el estado actual de nuestra legislación, aquellas soluciones no pueden, a mi entender, ser admitidas con la amplitud que se les quiere dar, y en sus aplicaciones al poseedor en cuanto tal; siquiera puedan defenderse en el caso tan sólo de arriendos estipulados por un adquirente simulado, por vía de deducción de aquel principio general que se niega a admitir la simulación de las enajenaciones con respecto a terceros. En realidad, si atendemos únicamente a la posición del inquilino, faltan razones en absoluto para no proceder de igual forma cuando se trata de persona a quien el poseedor vende o transmite una servidumbre o una hipoteca; y si atendemos exclusivamente a la posición del arrendador,

sonal que pudiera asumir para que continuara el disfrute después de terminar el usufructo, responsabilidad muy grave para él, no bastaría a inspirar al arrendatario la confianza necesaria.

En la desaparición de este obstáculo están igualmente interesados usufructuario y propietario, porque tanto a uno como a otro beneficia la posibilidad de sustituír el disfrute indirecto por el di-

---

aún se comprende menos cómo pueda quedar obligado el propietario con respecto a una persona que contrató sabiendo que el arrendador no era propietario. Y la insuficiencia de ambos razonamientos vistos por separado, no se transforma en una argumentación vigorosa si los dos se combinan. No se concibe jurídicamente un «poder de administración sobre la cosa» más que como derivación de un derecho sobre ella o de la representación que se ostenta de quien tenga sobre la cosa tal derecho; cabe considerar investido de semejante representación del derechohabiente a la persona provisionalmente puesta en posesión de los bienes del ausente, al que se halle gravado con la carga de un legado condicional, al coheredero del individuo instituído bajo condición, etc., y deducir de aquí la eficacia de los arrendamientos que todos ellos contraten; porque es que contratan por sí y eventualmente por otro, y obligan a este otro por cuya cuenta tienen facultad de administrar; y no cesa ciertamente el derecho que ellos transmitieran al arrendatario cuando cese su respectivo «poder de administración», porque el derecho del arrendatario no se deriva de dicho poder, sino del derecho correspondiente a la persona cuyos intereses se administraban, y por ello el derecho del inquilino, aun sin lograr la eficacia absoluta de un derecho real, puede limitar el derecho del administrado en cuanto se oponga al suyo. Ahora bien, semejante «poder de administración» no está comprendido en el «derecho del poseedor», que implica la defensa de la posesión misma y sus múltiples aplicaciones en punto a actividades sobre el objeto, pero que necesariamente cede y se esfuma ante la afirmación del derecho de propiedad. El poseedor actúa y contrata por sí, y no representa ni aun eventualmente al propietario. La utilidad que para el dueño pueda tener el arrendamiento pactado por el poseedor, de la cual nadie más que aquél es juez, no constituye una razón para que haya de paralizarse el ejercicio de su derecho de exclusión con respecto al arrendatario, ya que mediante la reivindicación puede a su vez destruír cualesquiera expectativas que el poseedor haya concedido en punto a la propiedad o a una hipoteca. Renuncio a insistir en la insuficiencia de las respuestas que se dan a las objeciones contenidas en los artículos 1.581 y 1.582, y no quiero hablar de aquella garantía por evicción a que está obligado el arrendador; finalmente, tampoco he de ocuparme del frágil argumento que se ha querido deducir del art. 746 de la ley procesal, que presupone, desde luego, un derechohabiente a la entrega en posesión con respecto al disfrute del arrendatario, pero no en absoluto que este último haya adquirido un derecho al goce cuando por aquél se hubiera ya obtenido antes el derecho a la referida posesión judicial de la finca.

recto, y asegurar que el cultivo del predio se confíe a persona apta y con medios para dirigirlo; y en general, que el uso de la cosa se adquiera en condiciones normales y con garantías para el día de mañana. El interés común tampoco quedaría satisfecho con la posibilidad de que medie un acuerdo entre ambos a fin de dar plena eficacia al contrato y que fijen propietario y usufructuario las cláusulas del arrendamiento; de aquí la necesidad práctica de una intervención legal que facilite los arrendamientos que por sí quiera el usufructuario celebrar, protegiendo y salvaguardando su independencia.

Esta intervención motiva indudablemente una extensión de los poderes del usufructuario (a), porque con la prórroga de los efectos del arrendamiento que él contrate más allá de la duración del usufructo, se le atribuye un derecho a obligar a quien ya posee el derecho pleno y libre al disfrute de la cosa (1). Ahora bien, en correspondencia con esta extensión, se impone a la propiedad una limitación ulterior a la que supone ya la constitución del usufructo, puesto que se excluye al dueño, después de aquella expiración, de la libertad de disfrutar; esto no quiere decir que el usufructuario arrendador se halle investido parcial y eventualmente de la representación del dueño que haya de sucederle (2), sino que hay que reputar que obra por su cuenta y con independencia completa de aquél. Por otra parte, es posible que el título constitutivo niegue expresamente esta ampliación de facultades; en tal caso el arrendata-

---

(a) [En el Derecho español está reducida a límites verdaderamente exiguos esta intervención de la ley y consiguiente ampliación de las facultades del usufructuario. El art. 480 sanciona el principio general de que todos los contratos que celebre el usufructuario como tal, se resolverán al fin del usufructo, y sólo admite como excepción la del arrendamiento de fincas rústicas, que ha de considerarse subsistente durante el año agrícola.]

(1) En tanto que si es el propietario quien pacta el arrendamiento, éste precede a la constitución del derecho del sucesor, haciendo que el mismo nazca modificado ya por el vínculo contractual preestablecido. El propio fundamento que la eficacia prolongada de los arrendamientos concertados por el usufructuario tiene en realidad la que, con menor alcance, ostentan los arriendos convenidos por el comprador de una finca sometida a retracto convencional (artículo 1.528) (b).

(b) [Cód. español, art. 1.520.]

(2) GUILLOUARD, I, 49, refiere este efecto jurídico a un mandato de administración en interés común.

rio que contrató con el usufructuario, y que debía conocer los límites de su derecho, no podrá dirigirse ni reclamar del dueño el disfrute, una vez expirado el término del usufructo; por lo demás, sería totalmente ineficaz respecto al arrendatario la renuncia contractual a aquella facultad más amplia, en la hipótesis de hacerse después de la constitución del usufructo; aun cuando se realizara con anterioridad al contrato de arrendamiento.

Esa extensión de facultades del usufructuario únicamente es aplicable a los predios urbanos o rústicos (a), como resulta de los apartados 2.° y 3.° del artículo 493, que dictan reglas distintas para unos y otros, y del enlace de estas normas con la que únicamente reconoce eficacia respecto a los sucesores en la propiedad, a los arrendamientos de inmuebles (1); pero es aplicable a todos los contratos designados legalmente como arrendamientos, y por lo tanto, a la aparcería, de la que indudablemente se deriva una obligación de carácter real por aplicársele, según el artículo 1.647, todos los preceptos del arrendamiento de cosas (b). En cambio, por su carácter de principio de Derecho singular, debe rechazarse cualquier interpretación analógica, sobre todo la que intenta equiparar al arrendamiento una cesión del disfrute de una patente, esto es, el permiso de fabricación.

Distinta de la cuestión relativa a la eficacia real de los arrendamientos contratados por el usufructuario, es la de su capacidad para crear un vínculo obligacional y personal entre el usufructuario arrendador y el arrendatario.

Es indudable que el arrendamiento *puede* pactarse para este efecto válidamente y sin limitación de tiempo (salvo los que determina el artículo 1.571 respecto a todo arrendamiento) (c), para cuantos no deduzcan de la nulidad que pesa sobre la venta de cosa

---

(a) [En el Cód. esp. ya hemos visto que sólo se refiere a los predios rústicos.]

(1) Esta última tesis es impugnada por FUBINI, *Locazioni immobiliari*, 543, y por ABELLO, *Locazione*, 110. V. en pro VALÉRY, *Louage des meubles*, n. 22 bis, y para la aplicación prácticamente más importante, la del arrendamiento de buques, VIDARI, *Diritto commerciale*, V, 2.834.

(b) [En el Código esp. la aplicabilidad a la aparcería de las normas del arrendamiento de cosas no resulta clara del art. 1.579, pero está sancionada por la jurisprudencia para los casos en que el contrato no contiene cláusulas complejas y se estipula por las partes a modo de arrendamiento (sentencias de 25 noviembre y 5 diciembre 1924, entre otras).]

(c) [El Cód. esp. se contenta con exigir que el arrendamiento se celebre

ajena una razón en pro de la nulidad del arrendamiento de dicha cosa, y consiguientemente, de aquel arrendamiento de la cosa usufructuada al que no puede dar el usufructuario eficacia respecto al dueño. Pero esta argumentación, que ya hubo de discutirse vivamente por los intérpretes del Derecho francés, ha de rechazarse aún con mayor energía en nuestro Derecho que, calificando de relativa la nulidad de la venta de cosa ajena (a), ha privado de todo pretexto para creer que esté en relación de dependencia en la imposibilidad de atribuirle efectos reales y derivar de ella la transmisión de la propiedad. Si el comprador no quiere pedir la nulidad, el vendedor queda especialmente obligado a indemnizarlo, en caso de que no pueda proporcionarle la adquisición de la propiedad; si, por analogía, se hubiera de aplicar al arrendamiento el artículo 1.459, quedaría obligado el arrendador para con el arrendatario, si no pudiera entregarle el disfrute de la cosa ajena. No está justificada tal aplicación analógica, y carece de razón el extender al arrendatario el derecho reconocido al comprador para anular el contrato, porque el no ser propia la cosa arrendada no amenaza tan enérgicamente su disfrute como el no serlo la cosa vendida amenaza la esperanza de adquirir la propiedad; siendo posible incluso que no se ejercite la acción reivindicatoria hasta después de terminar el arrendamiento, y que el reivindicante se avenga espontáneamente a respetar el arrendamiento en curso. Si, por consiguiente, el arrendamiento hecho por el usufructuario, *en cuanto a sus efectos reales no es válido condicionalmente en todo o en parte*, es decir, no lo es en cuanto rebase los límites de su poder, será *válido* fuera de estos límites como fuente de una relación meramente personal, dotada de potencialidad para constituirlo fuera de ellos. En la ley y en el régimen del usufructo no existen rastros de otro límite, y no ofrece duda desde luego que puede contratar un arriendo por más de nueve años; las «facultades de administración» del usufructuario no son más que la exteriorización y la consecuencia de su derecho de disfrute, y como puede disfrutar por más de nueve años, por más de nueve años podrá arrendar.

Distinta de ésta hay una tercera cuestión, a saber: Si al arren-

---

por tiempo determinado (art. 1.543), sin fijar límites máximos como los del Código italiano.]

(a) [En Derecho español, por no existir ningún precepto análogo al del art. 1.459 del italiano, es muy discutido el problema de la validez o nulidad de la venta de cosa ajena. V. un resumen de las principales opiniones en nuestro

damiento que podría tener eficacia para constituír una obligación personal fuera de los límites de su eficacia real, quisieron atribuírsela las partes; cuestión que debe resolverse negativamente, salvo, es natural, el caso de estipulación contraria expresa, y salvo también que el usufructuario arriende ocultando o ignorándose su condición de tal, y que el arrendatario contrate con él desconociendo la limitación de sus facultades. La esperanza de obtener la prestación específica del disfrute por todo el tiempo señalado en el contrato, da derecho en este último caso, como en el del arrendamiento de cosa ajena, a una indemnización a cargo del arrendador; esta conversión de la prestación originaria está prevista y querida si entre las partes que conocen su respectiva condición jurídica, media pacto expreso. En cambio, si falta éste, no puede creerse que el arrendatario que contrató con el usufructuario haya contado con nada más que con la prestación específica del disfrute dentro de los límites de los poderes que para asegurárselo tenía el arrendador como usufructuario, y menos aún cabe creer que el arrendador no quisiera asumir una obligación personal sino dentro de los límites de la obligación real que podía constituír.

Semejante afirmación responde a la proporcionada por las fuentes romanas, que arrancan de la premisa distinta de que el arrendamiento concertado por el usufructuario podría constituír sin limitación de tiempo una obligación personal, pero nada más que una obligación personal (1). Deciden aquéllas textualmente que con la extinción del usufructo termina la obligación del usufructuario arrendador, y como razón de ello, se alega la imposibilidad que sobreviene de llegar a un cumplimiento específico (2); lo que quiere decir que, por voluntad de las partes, queda subordinada la duración del arrendamiento a la condición de que mientras duran las facultades del usufructuario esté en situación de prestarlo; ello responde a la fórmula acogida en el artículo 493, en que no se trata exclusivamente de la eficacia con relación al dueño, del arrendamiento contratado por el usufructuario, sino que genéricamente se regula lo referente a sus efectos y a su duración.

Derecho Civil Español (ajustado al Programa de Notarías), 2.ª edic., t. II, pág. 322.]

(1) Como arrendamiento que es de cosa ajena: PAULO, 7; ULP., 9 pr. *Loc. cond.*, XIX, 2.

(2) ULP., 9, § 1, *eod.*

304. Entremos ya en la interpretación del artículo 493, y veamos cuál es el plazo de prórroga. En los arrendamientos hechos por el usufructuario se prorroga la eficacia del vínculo obligatorio por un espacio de tiempo que varía a influjo de dos causas: la duración señalada al contrato y el momento en que se celebró, sin que nunca pueda exceder de seis años, a contar desde la extinción del usufructo (1). El Código, con una dicción inútilmente complicada, que, como veremos pronto, origina una incongruencia inexplicable, establece distintas reglas para los arrendamientos por cinco años y los convenidos por tiempo menor. Los primeros, a tenor del apartado 1.° del artículo, duran «el quinquenio en curso en el momento de cesar el usufructo, contando el primer quinquenio desde el día en que empezó el arrendamiento, y los sucesivos desde el día en que venció el anterior quinquenio»; los segundos, conforme al apartado 2.°, duran todo el tiempo señalado en el contrato si están vigentes al terminar el usufructo. Ambas reglas tienen forma negativa; pero en la primera la afirmación consiguiente está colocada expresamente como excepción (no regirán... sino por); en la segunda, la afirmación es consecuencia necesaria, pero implícita de una negación doble (no surtirán ningún efecto... cuando su ejecución no haya comenzado). Si falta el señalamiento contractual del plazo, se suple con el uso local o la ley (1.609, 1.622), y como ésta exige que el arrendamiento de terrenos divididos en hojas de cultivo alterno se repute hecho por tantos años como hojas haya, para que el arrendatario pueda recolectar todos los frutos del fundo (2), de aquí que según los casos se apliquen las reglas de los arrendamientos superiores o las de los inferiores a cinco años.

Nada más natural hasta ahora; parece, sin embargo, que la re-

---

(1) Luego veremos cuándo se llega a esta prórroga máxima. Una prórroga ulterior no depende de la circunstancia de que la rotación de cultivos en el fundo sea bienal o trienal, circunstancia que sólo se tiene en cuenta con respecto a los arrendamientos estipulados por el usufructuario con plazo fijo: Cas. Nápoles, 6 julio 1881 *(Giur. it.*, 1881, 731). Vencido el término, el propietario puede no sólo oponerse a la reconducción, sino exigir inmediatamente el desalojo: Apel. Roma, 10 febrero 1899 *(Temi rom.*, 1899, 19). Esta facultad ha sido reconocida al titular de un beneficio eclesiástico al suceder en el disfrute del fundo al Economato, que durante la vacante no tiene sobre los bienes beneficiales facultades distintas de las de un usufructuario (v. t. I, n. 199 *i. f.*): Trib. de Casale, 15 marzo 1896 *(Riv. dir. eccl.*, 1896, 307).

(2) V. Cas. de Nápoles, 18 septiembre 1867 *(Annali*, 1867, 364).

ducción comprenda sólo los arrendamientos a largo plazo. Un usufructuario ha arrendado un predio por veinte años y otro predio por cinco, en 1895; se muere en 1896; el dueño puede desahuciar en 1900 a ambos inquilinos; el primero pierde quince años de contrato, el segundo nada. En realidad no se ha reducido el primer arrendamiento, porque el arrendatario que trató con el usufructuario no podía tener seguridad del disfrute por más tiempo del que correspondía a éste disponer de la cosa. La ley interviene en beneficio de ambos para prorrogar más allá del plazo la limitación de disponer del dueño, asegurando el pacífico disfrute del predio al arrendatario durante un quinquenio. El arrendatario a largo plazo, además de asegurarse esta esperanza, tiene la incierta de un mayor tiempo de disfrute si el usufructo continúa. Para privarle totalmente del azar de la extinción prematura, hubiera habido que imponer al dueño el riesgo de una privación de disponibilidad ampliada a voluntad del usufructuario.

Pero el precepto contenido en el párrafo segundo antes aludido, desempeña la función de señalar la eficacia de los arrendamientos pactados o prorrogados antes de la época de su ejecución, y la señala únicamente para los arrendamientos de duración menor a cinco años. Se ha mejorado lo dispuesto en el Código de Napoleón, que sólo prevé el caso de la terminación anticipada de un arrendamiento que hubiera de suceder al que estaba en vigor. El fundamento para decidir no es distinto si el usufructuario quiere sustituír próximamente el disfrute indirecto por el directo; aun cuando en verdad no ocurrirá con frecuencia que se difiera la ejecución de un arrendamiento concertado cuando no exista el obstáculo de otro vigente. El Código, sin embargo, ha restringido notablemente el plazo de la anticipación a que está subordinada la eficacia del arrendamiento después de cesar el usufructo; pero no ha llenado la laguna del Código de Napoleón, que no ha tenido en cuenta el anticipo del arrendamiento a largo plazo para regular su eficacia. El precepto del segundo párrafo, niega eficacia al arrendamiento hecho por el usufructuario por un quinquenio o por tiempo menor en estos dos casos: cuando hayan sido pactados o renovados antes de un año o de seis meses de su fecha de vencimiento, y cuando no estén vigentes al terminar el usufructo. Si falta la segunda condición, sea cualquiera el momento de la celebración del contrato, tenemos que llegar a la consecuencia opuesta, y reconocerle eficacia durante todo el tiempo estipulado. De igual suerte, si se realiza la segunda y falta la primera, esto es, si el arrendamiento por un quinquenio o menos

se ha celebrado nada más que un año o seis meses antes del momento en que debía comenzar. La anticipación inferior a un año o a seis meses, relacionada con la circunstancia de no haber comenzado la ejecución del contrato cuando el usufructo termina, significa que la celebración del contrato ha ocurrido nada más que un año o seis meses antes de extinguirse el usufructo. Y si en este caso es eficaz el arrendamiento, equivale a que en el caso extremo de estipularlo la víspera de la muerte del usufructuario, para principiar un año después y durar cinco, el propietario quedará privado de su facultad de disponer durante seis años después que se consolide el pleno dominio. No creo que disienta nadie de esta interpretación, aun cuando al exponer este precepto no pecan de claros ni de concretos la mayor parte de los autores.

Cierto que la duración del arrendamiento no se pone, a su vez, como condición de la declaración legislativa de ineficacia, de suerte que ésta quede excluída, por el contrario, cuando concurriendo las demás condiciones sea distinta o mayor la duración. La norma del segundo apartado se aplica únicamente a los arrendamientos por cinco años o por tiempo menor, que son los colocados como sujeto de la frase al frente de la proposición que encierra el mandato legislativo; no resuelve directa ni indirectamente respecto a la eficacia de los demás. PROUDHON (1) desnaturaliza el precepto correspondiente del artículo 1.430, sosteniendo que son sujeto del mismo los arrendamientos anticipados, y que la eficacia de éstos se halla subordinada a la doble condición de que su duración sea breve, y, alternativamente, tengan un límite de tiempo en cuanto a la anticipación o a la ejecución iniciada cuando termina el usufructo. Y llega a obtener así, de esta falaz premisa, la deducción lógica, pero no menos falaz, de que el arrendamiento anticipado o de ejecución diferida que tenga señalada una mayor duración, aun cuando haya comenzado a ejecutarse al cesar el usufructo, no prorroga su eficacia más allá de él. No es esto; donde están comprendidos todos los arrendamientos de largo plazo que estén en vigor, es en el párrafo 1.º; la anticipación o aplazamiento de su ejecución no modifica en manera alguna la eficacia que tienen atribuída, siempre que el intervalo de aplazamiento esté comprendido en la época de vigencia del usufructo. No puede decirse que rebase el usufructuario los límites de su potestad al señalar el modo futuro de disfrute; el abuso

(1) *Usufruit*, 1.213.

aparece *ex post*, cuando su derecho se extingue antes que comience aquella forma de disfrute (1).

Y al contrario, y en esto consiste la incongruencia legal, el arrendamiento por más de cinco años cuya ejecución se aplaza, carece de eficacia si durante el tiempo de aplazamiento termina el usufructo. El párrafo 1.° no lo toma en consideración, porque se refiere únicamente a los arrendamientos vigentes y en ejecución cuando cesa el usufructo; tampoco el párrafo 2.°, que concierne a los arrendamientos por cinco años o menos. Por lo tanto, si el usufructuario en 1895, prorroga dos arrendamientos que concluían el 1896, el uno por diez años y el otro por cinco, y muere transcurridos algunos meses, el primer arrendatario no puede, en modo alguno, servirse del nuevo contrato, y el segundo podrá exigir del propietario que lo respete por toda su duración; y dada la letra del artículo 493 (2), ignoro cómo pueda esquivarse esta consecuencia, tanto más absurda cuanto que se da precisamente en los arrendamientos de mayor plazo, que necesitan ser preparados con tiempo, y porque al dificultar al usufructuario su estipulación no se pretende limitar la privación eventual de disponibilidad del propietario, quien, como hemos visto, queda lo mismo tanto en los arrendamientos a corto como a largo plazo.

305. Pero la prórroga de la eficacia del arrendamiento, ¿comenzará a contarse desde la terminación del plazo de vida señalado al usufructo por su título constitutivo, o por el de su expiración anticipada? Para la prórroga, no hay cuestión, como es natural, si el usufructo se extingue a causa de la pérdida del fundo, que lleva consigo la extinción del arrendamiento (art. 1.595) (a); ni cabe concebir la extinción por un desuso de treinta años cuando el usufructuario, al celebrar el contrato de arrendamiento, se ha procurado un sustitutivo del disfrute. En cambio, es posible que el usufructo se extinga prematuramente por la renuncia, o por la consolidación del pleno dominio si el usufructuario sucede al propietario, o adquiere la nuda propiedad por donación o a cambio de un equivalente. Ahora bien, la extensión que el usufructuario estaba facultado para dar al arrendamiento, determina cuál sea su voluntad, a

(1) Contra PROUDHON, v. TROPLONG, *Louage*, 151; MARCADÉ, ad artículos 1.249, 1.430.

(2) La consecuencia la pone de relieve, pero no la critica MARCADÉ, *loc. cit.*

(a) [Cfr. art. 1.568 del Cód. esp.]

menos que haya una declaración expresa en contrario que la limite; y si dicho usufructuario, para lo cual estaba facultado, ha querido conceder al arrendatario el disfrute, por un cierto tiempo al menos, después del prefijado a la duración del usufructo, no puede sustraerse a la obligación correlativa, subentrando él mismo en la propiedad del fundo, ni renunciar en forma que libre de la relación de obligación real al propietario que le suceda (1). A la inversa: aunque sujeto por el contrato, no está obligado a más ni diversamente que lo estaría el dueño que, por extinguirse el usufructo, recuperase el pleno dominio; a menos de que medie confirmación, que le es lícito conceder como dueño (2), aunque sea tácitamente, para asegurar al arrendatario la continuidad del disfrute; pero, bien entendido que la consolidación del usufructo con la propiedad, no convalida por sí el arrendamiento, cuya vida termina al vencer el plazo señalado al usufructo; y el antiguo titular de éste, o sus herederos, pueden negarse a prórroga ulterior a dicho término, no obstante la aludida consolidación.

Menos segura parece la solución si el usufructo se extingue prematuramente a causa de la sanción impuesta al usufructuario por abusos cometidos en el disfrute. Prescindiendo de la hipótesis de que estos abusos se hayan realizado cooperando o en connivencia con el arrendatario (caso en que procede pedir que se resuelva también el arrendamiento: arts. 1.595, 1.615) (a), si los abusos son anteriores al acto de posesionar de la cosa al arrendatario, o, por muy difícil que sea, si se realizan después, pero éste resulta completamente extraño a ellos, cabe pensar que con la sentencia resolutoria del derecho del usufructuario, desaparece el fundamento que tenía el derecho de su causahabiente el arrendatario, y que éste no puede aspirar a disfrutar del objeto, después de aquella declaración, por mayor tiempo que el que le hubiera correspondido si en aquel momento se hubiera extinguido normalmente el usufructo. Pero la sentencia carece de efectos retroactivos; y por consiguiente, no implica que cuando el arrendamiento se contrató carecía el usufructuario de potestad para asegurar el disfrute de los bienes hasta el término normal de su derecho como tal usufructuario; y el haber adquirido el arrendatario un derecho de obligación real de quien podía trans-

---

(1) Así lo estima con respecto al caso de renuncia PROUDHON, 1.221, y literalmente decide en el mismo sentido el § 1.056, ap.° 2.° del Código germánico.

(2) V. *infra* n. 308.

(a) [Cfr. arts. 1.568 y 1.569 del Cód. esp.]

mitírselo, no cabe que sea invalidado por un acto posterior, como es la sentencia, que sólo priva de su derecho al usufructuario (1). Únanse a estas consideraciones las deducidas del poder discrecional de que inviste la ley al juez para aplicar la sanción en caso de abusos del usufructuario, y las facultades de que disfruta para proveer a la defensa de los intereses de la propiedad de otra suerte que pronunciando la extinción del usufructo, ordenando simplemente el arrendamiento del fundo. Si puede hacerlo así, ¿cómo resulta posible que sea necesario resolver anticipadamente los arriendos en curso y hacer que recaiga sobre el arrendatario inocente el castigo impuesto a los abusos del usufructuario?

Por las razones indicadas, es necesario condenar con más energía aún la tesis extraña (2) de que el propietario, al vender un fundo sujeto al usufructo universal, para satisfacer con ello créditos de la herencia, a lo cual está autorizado por el artículo 509, puede frustrar los derechos del arrendatario que contrató con un usufructuario revestido de plenos poderes para ello. Detrayendo del patrimonio el fundo, cuya elección no puede quedar a discreción del propietario, sino que ha de realizarse mediante un acuerdo entre él y el usufructuario (y, en caso de desacuerdo entre ellos, mediante decisión judicial), indudablemente se extinguirá el usufructo sobre el predio; pero cesará después de haber dispuesto de él el usufructuario como tenía derecho para hacerlo, y los acontecimientos posteriores no pueden alterar las consecuencias nacidas y los derechos adquiridos por el arrendatario.

306. Cuando al usufructo se le señala un plazo fijo, parece menos necesario ampliar más allá de él la eficacia del arrendamiento contratado por el usufructuario; pero, en primer lugar, es de notar que aun habiéndose señalado la duración del usufructo por tiempo cierto y determinado en el acto constitutivo, cabe que se extinga antes de llegar dicho término, y por tanto, tampoco puede hacerse

(1) La resolución del derecho del usufructuario se verifica *ex causa nova*. No debe añadirse *ex causa voluntaria*, como PROUDHON lo hace (1.222), para llegar a idénticas conclusiones, arrancando de la voluntariedad de los abusos y de la injusticia que supone dejar al usufructuario que venga a modificar con sus actos propios el efecto del contrato estipulado; argumentación que desviaría la dificultad y haría resurgir las restricciones del derecho del arrendatario cuando los abusos hubieran precedido a la celebración del contrato.

(2) Sostenida por PROUDHON, 1.218.

depender aquí de la persistencia del derecho de goce del arrendador, el derecho del arrendatario, si es que se le quiere asegurar a éste la estabilidad del disfrute durante un cierto tiempo. Además, aunque se forzase al usufructuario a hacer coincidir el término del arrendamiento con el término del usufructo, surgiría otro obstáculo para concertar el arrendamiento: el de que no podría asegurársele el disfrute de la cosa por el plazo que reconocen las costumbres locales, ni el disfrute de los fundos por el plazo resultante de las costumbres o de las necesidades de la explotación agrícola si con la rotación de los cultivos la renta esperada se distribuye desigualmente en varios años. Así se explica lo dispuesto en el último párrafo del artículo 493: «Si el usufructo debe cesar en tiempo cierto y determinado, los arrendamientos que haga el usufructuario no durarán en ningún caso más del año, y tratándose de predios en que sea bienal o trienal la cosecha principal, durarán el bienio o trienio en curso en la época en que cese el usufructo» (a). Conviene recordar que la idea de señalar una regla especial para los arrendamientos en caso de usufructo a término fijo, apareció por vez primera en el proyecto de Código civil del Senado (artículo 508); el dictamen sobre él impugnaba vivamente las disposiciones del proyecto ministerial que, reproduciendo las del Código francés, y sin distinguir entre usufructo a plazo fijo o a término incierto, aseguraba como duración al arrendamiento hecho por el usufructuario los nueve años que corrieran al terminar el usufructo, concluyendo por prorrogar la duración hasta terminar, en el primer caso, el año corriente, y en el segundo, un año después; y agregaba un párrafo en que se declaraba que podría exigirse en ambos casos el cumplimiento del bienio entero en curso, «si se tratara de predios cuya principal cosecha fuese bienal, como lo son los olivares» (1). Por lo tanto, de los trabajos preliminares no resulta

(a) [Comp. art. 480, al final, del C. esp. Los comentaristas suelen estimar que el *año agrícola* de que habla esta disposición ha de entenderse en el sentido que establece el art. 1.577, o sea como el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos. Pero el T. S. no comparte por completo esta opinión, pues en su sentencia de 27 agosto 1904 ha establecido que es inaplicable el art. 1.577 para interpretar el 480, y que habiendo señalado los contratantes la duración del arrendamiento, establecieron con ello una base cierta, excluyente de cualquier duda, para determinar lo que, a los efectos del mismo, habría de entenderse por año agrícola.]

(1) V. *Cod. civ.*, edición GIANZANA, t. I, págs. 262 y sigs.

con qué criterio, luego de puesta a discusión y aprobada una proposición intermedia acerca de los usufructos a plazo fijo, el secretario en quien se delegó para redactar el texto del artículo hubo de ampliar a él la prórroga del trienio reconocida en otros por el proyecto senatorial, cuando se tratara de fundos en los cuales fuera trienal la principal cosecha; ni se sabe tampoco en qué clase de cultivo hubo de pensar dicho secretario al hacerlo así (1). Pero dejando planteada la dificultad—ignoro si la ha suscitado alguien—de determinar cuándo esta ampliación es aplicable, no puede interpretarse la ley como si hubiera querido en todo caso asegurar al arrendatario la cosecha de cuantos frutos haya de dar el fundo, de suerte que se ampliara ulteriormente la prórroga a un cuatrienio o a un quinquenio «cuando por circunstancias especiales los productos de un establecimiento industrial no pudieran obtenerse más que en una rotación de cuatro años o de cinco a lo sumo» (2).

Ahora bien; ¿cómo medir la prórroga cuando cese anticipadamente el usufructo constituído por tiempo determinado? Aquí no hemos de considerar sólo los casos de renuncia, consolidación y abuso, sino también, y en primer lugar, el de muerte del usufructuario, y para la hipótesis más importante del usufructo a tiempo fijo, que es la del usufructo legal, el supuesto de la muerte del hijo. Estas no se pueden reputar causas supervenientes de extinción del usufructo, pues son inherentes a la constitución originaria de todo usufructo legal o a la del constituído por voluntad del hombre por un tiempo determinado, las posibilidades de su extinción en caso de muerte del usufructuario o de los sujetos a la patria potestad, y en relación con este término, subordinado e incierto, de duración del poder atribuído al usufructuario, debe ser valorada la eficacia que pueda y quiera otorgar a los arrendamientos que pacte, haciendo aplicación, cuando el usufructo debía terminar a tiempo fijo, pero termina antes, de las reglas de los párrafos primero y segundo con

(1) Sesión de 8 mayo 1865, edición GIANZANA, t. III, pág. 199. El Código alemán no establece esta distinción en su § 1.056; y ya en el primer Proyecto, en el cual y de conformidad con el principio, luego abandonado, *emptio rumpit locationem*, se había establecido que al terminar el usufructo el propietario, lo mismo que el comprador, tuvieran obligación de señalar un término para la licencia, se hubo de rechazar en definitiva el intento de regular como caso aparte la hipótesis, poco frecuente, de un usufructo con término cierto (*Motive*, III, 522).

(2) Así lo pretende PACIFICI-MAZZONI, *Distinzioni dei beni*, 454.

preferencia a las del tercero, pero quedando siempre autoridad a éste para limitar la prórroga dentro de ciertos ámbitos. Así tiene sentido el inciso «en todo caso»; el arrendamiento de una casa por diez años contratado en 1892 por el padre de un menor que en 1900 llega a la mayor edad, durará, si muere el padre o el hijo en 1893, por todo el primer quinquenio corriente, o sea hasta 1897; si mueren en 1898, mientras transcurre el segundo período, no tendrá la duración que permitiría el párrafo primero hasta terminar aquél, sino que con respecto al propietario se invalida y queda resuelto al finalizar el año 1900 (1).

Por el contrario, en la renuncia al usufructo, en la consolidación, en la extinción por abuso—(y suponiendo los mismos intereses expuestos en el número anterior)—habrán de verse causas supervenientes de extinción, que no pueden perjudicar la validez que hubiera de tener el arrendamiento hasta cumplir el año, el bienio o el trienio en que expire el término señalado para la duración del usufructo. Y también creo que el arrendamiento debe conservar eficacia por el mismo tiempo si la extinción del usufructo depende de un acto voluntario del usufructuario y distinto de los señalados, como por ejemplo la emancipación del hijo (2).

307. Puede oponerse el propietario al mantenimiento del arrendamiento hecho por el usufructuario en «fraude» de su derecho. Su derecho consiste en que al cesar el usufructo, si se le ha privado del goce directo por haberlo entregado a otro, reciba el precio de disfrute pagado por el concesionario; se viola abiertamente su derecho si ha sido concedido gratuitamente el disfrute, y encubiertamente si se ha hecho a cambio de una prestación que para el usufructuario carezca del carácter de precio, es decir, si la concesión se ha realizado por otra razón que no sea la de asegurarse la prestación prometida por el concesionario.

Libre es el usufructuario de fijar los pactos que más le convengan en el arrendamiento, y por lo tanto, de señalar a su arbitrio el precio (3), y el propietario no puede quejarse si, por una valoración

(1) Esta es también la opinión de SIMONCELLI, *Locazione*, 179 y sigs.

(2) Esta es la opinión de POLACCO, *Apunti sulle locazioni*, en la *Riv. it. per le scienze giur.*, IV, 422 y sigs.; de todos modos, generaliza luego la solución, aplicándola a cuantos casos surjan de cesación anticipada del usufructo legal.

(3) Apel. Nápoles, 11 diciembre 1871 *(Gazz. Proc.*, VII, 32).

falsa o errónea de la renta, señala aquél un precio sensiblemente inferior al que se podía obtener en el mercado. Pero el usufructuario no es dueño de regalar en todo o en parte el disfrute que ha de corresponder al dueño después de cesar el usufructo; y menos aún es dueño de sustraer al propietario parte del valor del disfrute asegurándose él, a más del precio estipulado, otro beneficio cualquiera derivado de la concesión. En uno y otro caso, so color de arrendamiento, el usufructuario celebraría, en realidad, un contrato distinto, siendo así que únicamente está en su potestad contratar arrendamientos si se quiere que tengan eficacia después de cesar el usufructo. Sólo de un modo indirecto puede probarse esta voluntad suya, pues no son de aplicar las presunciones que la ley consigna para rechazar, en caso de ejecución, el mantenimiento del arrendamiento convenido por el ejecutado, a saber, que la merced sea inferior en un tercio a la que arroje un peritaje o resulte de anteriores arrendamientos (art. 687 del Cód. de Proc. civ.) (1); pero esta misma circunstancia de existir manifiesta desproporción entre la merced estipulada y la que resulte susceptible de proporcionar el fundo, tanto más si las relaciones entre usufructuario y arrendatario ofrecen indicios para pensar en una liberalidad del primero o en acuerdos entre ambos para procurarse con la concesión ventajas personales aparte del precio de alquiler pactado, puede ser alegada para negar que la concesión haya tenido por causa única la promesa de satisfacer la merced, y por consiguiente, para justificar la oposición del propietario a prorrogar la vigencia del arrendamiento (2).

Se ha dicho que no puede existir en el usufructuario intención de «defraudar» al propietario cuando no quepa predecir si el usufructo habrá de terminar o no con anterioridad al arrendamiento; pues la desproporción entre la merced reclamable y el verdadero valor del disfrute, podría quedar eventualmente y por completo a su cargo. Mas a esto puede contestarse que, precisamente por la ignorancia de la terminación del usufructo, cabe creer que esa desproporción envuelva una posible pérdida para el dueño, y el intento de ocasionar dicha pérdida no deja de determinar tampoco una res-

---

(1) Apel. Catania, 31 diciembre 1894 (*Giur. Cat.*, 1895, 14).

(2) Apel. Turín, 27 mayo 1876 (*Giur. Torin.*, 1876, 676); Apel. Trani, 20 julio 1883 (*Foro*, 1884, 54); menos exactamente, el Trib. de Cas. de Nápoles, en 11 de junio de 1874 (*Annali*, 1874, 347), afirmó que la impugnación de los arrendamientos hechos por el usufructuario no quedaba excluída con sujeción al citado art. 687 del Cód. de Proc. civ., aplicable por analogía.

ponsabilidad por el hecho de que aquélla sea meramente probable y no segura. Pero el fundamento de la excepción que el propietario puede alegar contra la prórroga, no es realmente el haber demostrado el fraude, o sea haber ofrecido la prueba de que se realizó un acto, en sí lícito, y que no constituye violación de un derecho subjetivo, para obtener indirectamente con él un resultado que no podría lograrse directamente sin violar dicho derecho subjetivo (1). La mencionada excepción no está dirigida, como la acción revocatoria, a eliminar un efecto producido, sino a poner en claro que el efecto realmente querido no corresponde al que aparentemente se quiso, y que el efecto realmente deseado no se produjo, porque salía fuera de los límites de la potestad del usufructuario hacer que el dueño perdiera el valor del disfrute después de extinguido el usufructo; basta con que quede probado que la causa de la concesión del goce de los bienes no fué exclusivamente el pago de la merced y que el arrendamiento aparente enmascara en realidad otro contrato.

Determinada así la naturaleza de la excepción, no hay que exigir la prueba de que el arrendatario haya participado en el «fraude». Puede ser inocentísimo el arrendatario, y haber ignorado que al contratar con el usufructuario perjudicaba probablemente los derechos del dueño. Es necesario, eso sí, que le conste la causa real de la concesión; si le hubiese ocultado el usufructuario su propósito liberal, y por no haber manifiesta desproporción entre el precio del alquiler y el valor del disfrute se hubiese formado él la idea de tener la finca mediante el equivalente asegurado, habría que garantizar esta expectativa, y el contrato no carecería de eficacia como contrato distinto del arrendamiento, de no haber sido querido como tal por ambos contrayentes (2).

(1) Fundar de este modo la revocación de los actos efectuados en fraude de acreedores, poniéndola en relación con la reacción que suscitan los actos realizados en fraude a la ley, exigiría unos desenvolvimientos en que no puedo entrar. Cierto es que los acreedores no tienen derecho alguno sobre los diversos elementos que integren el patrimonio del deudor, ni tienen derecho que limite las facultades de éste para enajenar, administrar u obligarse. Únicamente quedaría infringido un derecho de ellos si se impidiera su acción para proceder en una ejecución judicial contra los bienes existentes en el patrimonio del deudor. Y si se condena como fraudulenta una enajenación o la asunción de obligaciones, es porque intencionalmente ha obrado el deudor para reducir así a sus acreedores a la situación misma en que se hallarían si se opusiera obstáculo a su acción para dirigirse contra el patrimonio.

(2) Puede considerarse como simulado relativamente el arrendamiento, o

El arrendamiento real no es tan a propósito como la venta para defraudar a los acreedores, porque en ésta el precio ofrecido y efectivamente entregado puede sustraerse fácilmente a su acción. Y no se presta, porque la sustración de la merced, debida en vencimientos periódicos, puede prevenirse mediante el embargo. Pero en el arrendamiento puede injertarse un distinto acto fraudulento: el pago anticipado de la merced, la liberación del arrendatario, la cesión de las mercedes por vencer; y contra estos actos pueden dirigirse los acreedores mediante la acción revocatoria, aun dejando intacto el arrendamiento.

El propietario, sin necesidad de embargo, puede también defenderse contra sustracciones de la merced hechas por el usufructuario o sus herederos, ya que al cesar el usufructo le corresponde a él el derecho exclusivo de exigirla; y pagando a persona distinta del dueño, queda expuesto el arrendatario a tener que pagar dos veces (1). En el caso de cobro anticipado de las mercedes por el usufructuario, como en el de cesión de las mismas, y, con más motivo aún en el de exoneración de prestarlas hecha a favor del arrendatario, no necesita formular impugnación el propietario, pues le basta con negar eficacia respecto a él a tales actos si antes de que llegue el vencimiento termina el usufructo. El usufructuario tiene derecho a la merced bajo la condición de que subsista el usufructo hasta el momento en que, según los términos del contrato, pueda exigir el pago de ella; y no cabe que la ceda ni la remita disponiendo válidamente de ella, sino bajo la misma condición (2).

---

la venta, cuando la voluntad real de atribuír con aquél un derecho de disfrute, y con ésta la propiedad misma, no vaya acompañada del propósito de aquel efecto jurídico ulterior (adquisición del derecho al precio) que constituye la causa de estos contratos.—Contra un arrendamiento simulado absolutamente para reservar a los herederos del usufructuario el goce de los bienes, no puede proceder el propietario sino cuando el supuesto arrendatario impugne su obligación de abonar las contraprestaciones correspondientes.

(1) También la enajenación en que el equivalente pactado no sea realizable puede constituír un instrumento de fraude. Pero la naturaleza perfectamente sinalagmática del contrato de arrendamiento proporciona a los acreedores una defensa más fácil que la impugnación por fraude, ya que pueden reclamar que el deudor cumpla sus obligaciones, y al faltar el abono de la contraprestación correspondiente, están facultados para exigir la resolución del contrato. E igualmente puede hacerlo mediante el ejercicio de su propio derecho, el dueño que haya sucedido al arrendador en la relación contractual arrendaticia.

(2) V. en el § siguiente el n. 314. El usufructuarió, según veremos en dicho

308. La creación del vínculo obligacional mediante el contrato, es completamente independiente tanto del carácter real como del actual que tenga el poder perteneciente al arrendador sobre la cosa arrendada (1); pero, como hemos visto, el arrendamiento celebrado por quien obra como usufructuario ha de entenderse sometido por voluntad de los contrayentes a una condición resolutoria, que se cumple, no con la extinción del usufructo, sino con el advenimiento del plazo hasta el que la ley prorroga la eficacia de la relación (número 303). De esta premisa se derivan varias consecuencias que en su mayor parte han sido admitidas por la jurisprudencia, aunque no haya logrado justificarlas, y sobre las que fluctúa la doctrina por confundir la eficacia real y la eficacia obligacional del arrendamiento, así como por atenerse al concepto, completamente erróneo, de una parcial o eventual nulidad del arrendamiento que no puedo precisar si es nulidad absoluta o relativa.

La primera consecuencia consiste en que los herederos del usufructuario no están obligados a asegurar al inquilino el disfrute pacífico de los bienes más allá del plazo de prórroga, salvo, como es natural, el caso de que el arrendatario ignorase la cualidad de usufructuario de su cocontratante, y salvo igualmente que se haya estipulado expresamente la garantía. La segunda consiste en que arrendándose juntamente con el fundo usufructuado otro de propiedad del usufructuario, en el momento en que termina la obligación del propietario de respetar el primero no puede el arrendatario pedir la rescisión del segundo arrendamiento, como cuando se le priva de

---

lugar, tiene asimismo derecho a exigir, cuando el vencimiento preceda a la extinción del usufructo, la merced que en todo o en parte represente la contraprestación debida por el disfrute posterior; y lo mismo que puede exigirla, puede disponer de ella, aunque quedando personalmente obligado a su restitución al propietario. También el cobro en un vencimiento no anticipado al que se fijara en el contrato, sino modificado, por ejemplo, al renovarse el arriendo y fijarse en una fecha más próxima que la señalada en el contrato anterior (y lo mismo cabe decir de la cesión), pueden efectuarse con la doble previsión de que el usufructo esté a punto de terminarse y le sea imposible al usufructuario reintegrar la suma procedente al dueño. Queda, por consiguiente, en estos casos cierto margen, aunque limitado, para una posible aplicación de la acción revocatoria.

(1) Infundada del todo es la resolución del Trib. de Apel. de Venecia, 27 diciembre 1893 (*Temi Ven.*, 1894, 133), que niega eficacia al arrendamiento estipulado por un usufructuario que no había obtenido la posesión por no haber formalizado el inventario ni haber prestado la caución debida.

parte del disfrute (art. 1.578) (1); la unión en un solo contrato de las dos concesiones de disfrute no impide que una esté condicionada, y no puede quejarse si le falta aquella parte de disfrute que sólo condicionalmente se le aseguró. La tercera consecuencia es que el derecho de reducir el arrendamiento al quinquenio corresponde también al propietario que sea heredero del usufructuario (2); como propietario no está obligado a respetarlo, y como heredero no le corresponden mayores obligaciones de las que hubo de asumir su causante, que sólo estaba obligado a asegurar el disfrute hasta donde se extendía su poder de vinculación. Otra consecuencia, que la doctrina discute briosamente: si el contrato está celebrado con una condición resolutoria implícita, cuando la condición se cumple no se puede considerar obligado el arrendatario para con los herederos del usufructuario en mayor proporción que lo estén éstos respecto de él; y, por consiguiente, el arrendatario no está obligado frente al dueño a respetar el arriendo (3). Si lo mantiene por su parte, y el propietario le permite, a su vez, continuar en posesión de los bienes, viene a celebrarse tácitamente un nuevo arrendamiento (4).

§ 4. La adquisición de los frutos.

Sumario: 309. Momento y modo de adquirir el usufructuario los frutos naturales.—310. Venta de los frutos futuros.—311. Principio general acerca de la apropiación de los frutos naturales.—312. Gastos de producción de los frutos.—313. Frutos civiles. Su adquisición en el Derecho romano y en el co-

---

(1) *Contra:* Pacifici-Mazzoni, n. 445.

(2) Apel. Casale, 22 octubre 1893 *(Giur. Casal.*, 1893, 425); en contra, Pacifici-Mazzoni, n. 444.

(3) Apel. Trani, 22 diciembre 1888 *(Foro*, 1890, 237); Trib. Casale, 25 marzo 1896 *(Riv. dir. eccles.*, 1896, 807); Proudhon, n. 1.587; Laurent, VI, n. 462; Duranton, IV, 587. En contra: Demolombe, X, 336; Aubry y Rau, § 230, n. 49; Pacifici-Mazzoni, n. 456.

(4) El arrendamiento no resulta eficaz, más allá de los términos de prórroga, porque él *deje de impugnarla*, sino únicamente *cuando la quiera renovar.* Tal voluntad puede manifestarse como renuncia al derecho de impugnación; pero no cabe admitirla cuando el propietario, conocedor o no de su derecho a la impugnación, discuta el efecto del arrendamiento, fundándose en razones que no sean las derivadas de la limitación de facultades por parte del usufructuario. En esta conducta suya se ha creído a veces que iba implícita su renuncia a impugnar el arriendo: Cas. Nápoles, 12 octubre 1886 *(Gazz. Procur.*, 1886-87, 246).

mún.—314. Adquisición-apropiación y adquisición-pertenencia de los frutos civiles en el Derecho vigente.—315. Pertenencia de los frutos civiles que rentan por sustitución. Concepto del período fructífero.—316. Continuación. Aplicaciones.—317. Ampliación de los conceptos de «potencialidad para dar renta» y de «período fructífero» y su posible aplicación a un reparto proporcional de toda clase de frutos.—318. La distribución de los frutos de la dote. Distribución de los frutos beneficiales.—319. Frutos civiles que no producen renta de sustitución y frutos civiles sin período fructífero (frutos civiles irregulares).—320. Extensión del principio acerca de la pertenencia de los frutos civiles. Adquisición de los frutos por parte del poseedor usufructuario de buena fe.

309. De todos los frutos naturales en sentido estricto, esto es, de todas *las porciones de una cosa que separándose de la misma y asumiendo individualidad jurídica propia, dado el destino específico que tiene la cosa, constituyen su renta* (1), adquiere el usufructuario la propiedad en el momento y por efecto de la separación, si ésta ocurre después de surgir y antes de extinguirse el derecho de usufructo. Como ya he advertido, el Derecho romano, en cambio, asocia la adquisición a un acto de voluntad del usufructuario, o sea la percepción (2); y de ello se derivan consecuencias que nos parecen extrañas: la exclusión de todo derecho del usufructuario sobre los frutos separados por causa fortuita (3), o sobre aquellos otros que

(1) Esta definición se relaciona con el concepto que hemos expuesto ampliamente en el § 2.° sobre la conservación de la sustancia, que es como el eje de todo este libro. A un resultado análogo llega la monografía de REICHEL, *d. Begriff d. Frucht im römisch. R. (Jhering's Jahrb.*, t. XLII, ps. 205 y ss.), que define los frutos naturales diciendo que son «aquellos productos que se obtienen de una cosa sin perjuicio de la aptitud de ésta para seguir llenando su destino económico» (p. 254) (a).

(a) [En el Código esp. la clasificación de los frutos no es bimembre, como en el italiano, sino trimembre, y por ello la expresión «frutos naturales» tiene un sentido más restringido, contrapuesto a los industriales y a los civiles. V. artículos 354, 355 y 471.]

(2) Por lo demás, percibir no es sino separar por voluntad del usufructuario. Para que la percepción del grano se realice no es necesario que se haya trillado ni guardado en los trojes. En tal sentido LABEON, *ap.* PAULO, 13, *quibus modis*, VII, 4; en sentido contrario hubo de pronunciarse la Glosa por haber interpretado las últimas palabras de esta ley como una corrección hecha por JULIANO al criterio de LABEON. Ya AZON estaba en contra de la Glosa; cfr. CASTILLO, *de us.*, c. 77, nn. 10 y ss.

(3) JUL., *ap.* PAULO, 13, *quibus modis*, VII, 4. No se resuelve con ello si

hayan sido hurtados (1). Otras consecuencias se rechazan templando el rigor de los principios; y así están comprendidos los frutos en el objeto de una acción deducida por el usufructuario contra el poseedor (de mala fe) de la cosa; por eso se dice que evidentemente debe comprender los frutos (2), cuando la lógica parecía requerir que una percepción que el poseedor indudablemente no realiza en representación del usufructuario, no pudiera beneficiar a éste, y quedara únicamente subsistente el principio de la accesión mediante el cual son adquiridos por el dueño (3). Otro expediente, que se formula de modo que permite dudar si para una clase de frutos naturales, los partos de los animales, puede acaso aplicarse un principio opuesto (4), aconseja que se reputen percibidos aquéllos cuando el nacimiento ocurra estando los animales bajo la custodia del usufructuario, refiriendo así a la conservación de la custodia el acto de voluntad que determina su adquisición (5).

No me parece inútil recordar las discusiones habidas acerca de la naturaleza de aquella adquisición que se realiza al percibir los frutos el usufructuario.

Es un error manifiesto referirla a una tradición hecha por el propietario, como ocurre con la adquisición de frutos que el arrendatario hace (6); si, según debe hacerse, consideramos la percepción

---

después de una separación accidental ha de resultar posible que perciba, y por tanto adquiera, los frutos el usufructuario; en sentido afirmativo, GÉRARDIN, *de l'acquisition des fruits par l'usufr.* (París, 1885).

(1) JUL., *ap.* ULP., 12, § 5 *de us.*, VII, 1. El usufructuario no puede, por consiguiente, utilizar la *condictio furtiva*, aunque le corresponde la acción penal por su interés en la no realización del hurto, *eodem*, 1; y también puede emplear dicha acción penal contra el dueño: PAULO, 15, § 1 *de furtis*, XLVII, y 20, § 1 *eod.*; ULP., 46, §§ 1 y 3 *eod.*; ¿podrá también pretender que el propietario le ceda la *condictio*? (cfr. § 3, I, *de empt. et vend.*, III, 23); o bien, ¿podrá dirigirse contra él con una *condictio sine causa* si ha ejercitado la *condictio furtiva*? Así lo estima GÉRARDIN, ps. 13 a 15.

(2) ULP., 5, §§ 3 y ss., *si ususfructus*, VII, 6.

(3) GÉRARDIN, p. 11.

(4) GAYO, 28 *de usur.*, XXII, 1; ofrece motivos para dudar la equiparación con el poseedor de buena fe, teniendo en cuenta la antítesis con la l. 25 *eod.* En este sentido: GALVANUS, *de usufr.*, l. 28, c. 3; SINTENIS, *Civilr.*, I, § 49, n. 26; ARNDTS, § 179.

(5) Cfr. NOODT, *de usufr.*, I, 17; ELVERS, *Servitut.*, p. 489, y especialmente GOEPPERT, *Organische Erzeugnisse*, IV, § 2.

(6) SAVIGNY, *Besitz*, p. 277; PUCHTA, § 150; SINTENIS, I, § 49; ELVERS, *Servitut.*, p. 493.

como un acto unilateral de voluntad realizado por el usufructuario, no conviene equipararla a la ocupación, y únicamente se puede clasificar entre los modos originarios de adquirir la propiedad (1) en cuanto que, recayendo sobre cosa de nueva formación, no va precedida ni tiene por fundamento ninguna otra propiedad distinta sobre la cosa misma (2). Pero la adquisición realizada con el acto de percibir, que es independiente, tanto de la voluntad del propietario, como del derecho que el constituyente del usufructo tenga sobre la cosa en el momento de la separación, tiene por *fundamento inmediato* el derecho de usufructo del perceptor sobre la cosa fructífera, y por *fundamento mediato* el derecho que el constituyente tenía sobre ella en el momento de la constitución.

Más aún conviene notar que en el mismo Derecho romano, prescindiendo de la adquisición de los frutos por parte del poseedor de buena fe, que deriva de principios muy distintos y está sujeta a muy otra disciplina, el enfiteuta adquiría los frutos inmediatamente que los separaba (3); y no sé por qué ha de ver en ello una anomalía (4) quien sin embargo reconoce que el verdadero y único fundamento de la adquisición de la propiedad de los frutos por el usufructuario consiste en el derecho mismo de usufructo (5). Parece extraño que se subordine aquélla a una condición ulterior; al ejercicio del derecho mediante la percepción; y esto no se explica más que por razones históricas, a saber, la función predominante-

---

(1) GOEPPERT, *op. cit.*, p. 293.

(2) GOEPPERT parte de la premisa opuesta, a saber, que el fruto posee existencia jurídica propia antes de ser separado, por lo cual la separación no crea una cosa nueva, sino que deja en pie la misma cosa, sobre la que continúa la propiedad anterior hasta el momento de la percepción. Pero se ve obligado a admitir que el derecho de propiedad del dueño de la cosa productiva sobre los frutos separados y no percibidos está sujeto a la posibilidad de su percibo, y, al realizar éste, desaparecen los actos de disposición que antes haya efectuado: *op. cit.*, ps. 289 a 313. Si no se reconoce que en el intervalo comprendido entre separación y percibo, los frutos corresponden al propietario de la cosa productora, es preciso considerarlos como unas *res nullius*, respecto a las cuales corresponda al usufructuario un derecho privilegiado de apropiación; o bien estimar que los frutos están sujetos a un dominio pendiente, y que si su percibo los atribuye al usufructuario, su no percibo durante el usufructo los atribuye al dueño.

(3) JUL., 35, § 1 *de usuris*, XXII, 1. Cfr. GOEPPERT, *op. cit.*, IV, § 4.

(4) GOEPPERT, ps. 317, 318.

(5) GOEPPERT, p. 295.

mente alimenticia que el usufructo tuvo en su origen (1), y por consiguiente, la limitación de sus beneficios a la cantidad que el titular quisiera procurarse; y se ve un progreso y una notable simplificación legislativa en el hecho de haber logrado que subsiga inmediatamente la adquisición a la separación de ellos (2).

El título constitutivo puede modificar (3) el derecho del usufructuario sobre los frutos; y este derecho puede hallarse limitado también por la preexistencia de uno de uso sobre el fundo usufructuado; pero no puede enervarlo ni limitarlo ningún otro derecho anterior (4); y muy especialmente la hipoteca, que permite a los

---

(1) Cfr. t. I, p. 5.—Menos exactamente se suele hablar del *disfavor* con que el Derecho antiguo trataba el usufructo, como en general todas las limitaciones del dominio, y que se manifiesta en la multiplicidad de sus causas de extinción.

(2) Sobre esto no dejan duda alguna los términos del art. 480: «los frutos naturales que al comenzar el usufructo no estén aún separados de la cosa que los produce, pertenecen al usufructuario; los que no estén separados todavía al extinguirse el usufructo, pertenecen al propietario...»; precisamente con la separación, y únicamente con ella, es como se determina durante el usufructo la concurrencia del cumplimiento de aquella condición (negativa) a que está subordinada la atribución de los frutos al usufructuario y el incumplimiento de aquella otra condición (negativa también) de que se hace depender su adjudicación al dueño. Concuerda perfectamente con nuestro art. 480 el 585 del Cód. francés; los frutos no separados se indican como *pendants par branches ou par racines*. ZACHARIÆ, § 226, ad n. 4, habla de la atribución al usufructuario de los frutos percibidos, sin añadir una sola palabra que justifique esta opinión suya frente al texto del art. 585 (a).

(a) [El art. 472 del Cód. esp. sólo habla de los frutos *pendientes* al comenzar y al extinguirse el usufructo; pero no cabe duda, aplicando por analogía la regla que el art. 451 establece a propósito de la posesión, que por frutos pendientes habrán de entenderse aquellos que, estando aparentes en el predio, no hayan sido todavía alzados o separados, o, lo que es igual, que es la separación lo que determina en nuestro Derecho, lo mismo que en el italiano, la adquisición de los frutos. Sin embargo, los comentaristas admiten, por excepción, que el usufructuario haga suyos los frutos maduros a la conclusión del usufructo, que por causa de fuerza mayor no haya podido recoger. V. MANRESA, p. 389, y SCAEVOLA, p. 885.]

(3) Pero v. la p. 449, n. 3.

(4) No hace falta hablar de un derecho posterior, porque o no se ha adquirido con respecto al usufructuario (y no tiene efecto alguno frente a él), o se ha adquirido contra el mismo, y entonces no limita el contenido del que le pertenece, sino que a lo sumo modifica su misma pertenencia (constitución de un uso, cesión de usufructo, etc.).

poseedores sucesivos disfrutar y apropiarse los frutos hasta que no se haga el requerimiento de pago y sea transcrito; porque después de hecho esto, los frutos quedan inmovilizados en favor de la masa, y no puede arrogarse nadie como usufructuario el derecho a apropiárselos; pero esto significa que carece de eficacia la constitución del usufructo por obra de quien ha sido privado de la disponibilidad del fundo, y en tanto que dure dicha privación. El derecho que pueda haberse adquirido a virtud de un arrendamiento anterior al usufructo, no perjudica en modo alguno los derechos del usufructuario, quien puede apropiarse siempre los frutos, aunque a consecuencia de la obligación asumida por el arrendador, que tiene para él carácter real, quede obligado a transmitirlos al arrendatario. Respecto a la venta de frutos no separados realizada con anterioridad a la constitución del usufructo, si bien crea una relación obligatoria perfectamente válida, que no tiene derecho a alterar por sí el comprador alegando la imposibilidad de percibirlos (1), no engendra, en cambio, una obligación real, y menos aún transmite la propiedad de ellos porque el objeto de la propiedad no puede ser una cosa futura (2); de suerte que en modo alguno puede oponerse tal venta al usufructuario (3).

---

(1) Existe una relación definitiva de compraventa; no hay motivo para negarlo porque uno solo de sus efectos, la transmisión de la propiedad, quede subordinado a la *condicio juris* de la separación del fruto. P. GABBA ve en este caso un contrato preparatario o una promesa bilateral de venta: *La contrattazione sui beni futuri*. V. también C. F. GABBA, *Nuove questioni di diritto*, I, 159.

(2) V. en este sentido BONELLI, en el *Foro*, 1905, 1.457 y ss.

(3) PROUDHON, nn. 986-988, 994, llega a solución distinta, partiendo de la premisa equivocadísima de que la venta de frutos futuros transfiere, desde luego, su propiedad. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, I, pág. 417 y ss., lo combate; pero teniendo en cuenta la posibilidad de embargar y ejecutar los frutos pendientes (art. 610 de la Ley procesal), limita a éstos la eficacia real de la venta voluntaria. Se ha objetado que la venta hecha en forma judicial y forzosa tiene por supuesto obligado el carácter mueble que durante el embargo adquieren ya los frutos; pero aun cuando aquélla no se verifique, las partes podrán admitir los frutos como tales muebles con vistas a las relaciones que medien entre ellas; no hacerlos susceptibles de propiedad mobiliaria. Con mayor exactitud ha advertido BONELLI (lug. cit. en la nota anterior) que el embargo no lleva lógicamente como consecuencia la de atribuír carácter mueble a los frutos; claro es que los sustrae a la esfera en que el propietario podría disponer de ellos, y asegura así (salvo que cese el derecho del deudor embargado; v. la n. 2 de la p. 446) la eficacia real de la futura enajenación. BAUDRY-LACANTINERIE y

310. Por igual razón hay que negar eficacia real a la venta que el usufructuario pueda hacer de frutos aún no separados y que no lleguen a separarse sino después de cesar su derecho (1). Se quiere apoyar la tesis contraria en el artículo 499 y en la eficacia que los arrendamientos celebrados por el usufructuario tienen durante época posterior a la terminación del usufructo. La lógica de la analogía debiera haber conducido a reconocer como eficaz la venta de tantas cosechas futuras como años hubiera de estar sujeto el propietario al arrendamiento; no llegan a tanto los escritores que acogen semejante interpretación, y de una manera completamente arbitraria se encierran en sostener sólo la eficacia de las ventas de frutos pendientes (2). Encerrada la cuestión en estos límites, para sostener tal tesis no han faltado argumentos de equidad, señalando la contradicción que resulta al reconocer que, arrendando, el usufructuario puede vender, no una sola, sino cinco o seis cosechas

---

LOYNES, *Nantissement, hypoth.*, etc., t. III, n. 2.024, niegan la eficacia real de la venta voluntaria de frutos pendientes; y por consiguiente, y aun cuando se realice antes de haberse transcrito la orden judicial de pago, consideran que no puede pedirse la separación de tales frutos cuando se esté tramitando la ejecución contra los inmuebles que los produjeron. La venta de partes de la cosa que al desprenderse de ella podrían constituír frutos, cabe que determine la enajenación de las mismas como cosas inmuebles (v. gr., la venta de los filones de una mina, la venta de árboles); y si se le reconoce eficacia con respecto al usufructuario, resultará con ello reducido el objeto del usufructo. Ésta no es, en realidad, una venta de frutos pendientes, y no se concibe más que cuando se trate de partes de la cosa que sean susceptibles de propiedad separada sin llegar a desprenderse materialmente de ella; pero es indispensable que se haya querido efectuar una verdadera venta, pues no basta con que el objeto haya sido considerado por los contratantes en la cualidad, que también puede asumir, de fruto de la cosa. Finalmente, es absurdo atribuír a la venta de frutos pendientes el carácter de una transmisión inmobiliaria, según hace LARUSSA, *Giostra giudiz.*, 1900, 17; en contra, BONELLI, *loc. cit.*

(1) Es evidente que la venta tendrá eficacia real si la separación se efectúa durante el usufructo. Por eso se ha declarado que era válida una orden en virtud de la cual el usufructuario de una explotación de azufre disponía del producto que hubiera de extraerse; como también se ha admitido dicha validez en materia de embargo, haciendo una aplicación analógica del art. 589 de la ley Procesal civil: Apel. Catania, 20 diciembre 1897 (*Legge*, 1898, 1, 376): el mismo tribunal, y en la misma fecha (*eod.*, 413).

(2) DURANTON, IV, 554; DEMOLOMBE, X, 359; AUBRY y RAU, § 230, n. 53; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Biens*, a. 598; PACIFICI-MAZZONI, n. 350.

futuras, y también se ha acudido a razones de conveniencia, advirtiendo que para algunas clases de bienes, como los bosques, la forma corriente de goce indirecto no es el arrendamiento, sino la venta de las cortas. Desaparecen estas razones ante la consideración de que el principio contenido en el artículo 493, lo mismo que el que autoriza la extensión de las facultades del usufructuario más allá de los límites señalados por la índole temporal de su derecho, no permiten interpretación extensiva, porque la analogía entre el arrendamiento y la venta de frutos no pueden hacernos perder de vista su diferente naturaleza económica y jurídica, y además, en la una, la percepción de los frutos es consecuencia del uso atribuído sobre el fundo al arrendatario y resultado de la empresa que éste asume y dirige, y en la otra, la producción que posibilita la percepción se realiza por obra y a expensas del vendedor, aun cuando en algunos casos se atenúe la diferencia, como en el disfrute de bosques en que se reduce a poca cosa el uso del fundo (y lo mismo ocurre con el trabajo que presta el arrendatario para la producción de rentas, cuando se contrapone a la venta de una corta el arrendamiento a corto plazo); subsiste de todos modos la diferencia, y subsiste también el fundamento legal que limita su amparo al usufructuario que confía a manos ajenas la productividad de la hacienda, y no a aquél que, reteniéndola en su poder, quiere disfrutar anticipadamente de la renta futura (1).

Pero si el comprador de la cosecha no adquiere la propiedad de ésta hasta después que, separados los frutos, han entrado en el patrimonio del usufructuario; y por consiguiente, no hay medio de oponerse a la pretensión que el dueño alegue (2) después de cesar el usufructo y en virtud de su derecho real, no hay razón alguna para

---

(1) No cabe admitir como razón ulterior de la diferencia aquel peligro, que pudiera correr el propietario, de la pérdida del precio correspondiente a los frutos vendidos; precio que, naturalmente, el usufructuario estaría personalmente obligado, según la tesis que impugnamos, a entregar al dueño, hubiéralo o no cobrado él mismo, y en concepto de un valor del cual vendría a enriquecerse sin causa; y no podría admitirse tal razón, porque, incluso tratándose de la merced de un año anticipadamente percibida por el usufructuario, no le correspondería al propietario más que una acción personal contra él. V. *infra*, ps. 464 y ss.

(2) Así opinan PROUDHON, 993, 995 y ss.; GENTY, *Usufruit*, 96; MARCADÉ, ad a. 585, VI; LAURENT, VI, 478; RICCI, II, 142. Por consiguiente, carece asimismo de efecto el embargo de frutos pendientes hecho en perjuicio del usufructuario si durante la tramitación del mismo ocurre la extinción del usu-

negar al comprador su derecho a la evicción, interpretando que la venta de la cosecha futura hecha por un usufructuario esté sujeta a dos requisitos: que el fruto madure, y que perdure en el vendedor la facultad de disponer de ella (1). No es de aplicar la analogía con la condicionalidad que he reconocido para el arrendamiento celebrado por el usufructuario; en el un caso, al haber tratado con un usufructuario, se induce la voluntad de establecer una relación de duración más limitada; en el otro, hay que inducir la voluntad de no contraer relación alguna si el usufructo cesa.

Conviene además distinguir entre la venta de frutos futuros y la cláusula de un contrato de arrendamiento por la cual se asegure al arrendatario la percepción de los frutos que hayan de madurar después de terminar el arrendamiento y cuya producción haya preparado el colono. Debe reconocerse plena eficacia a esta cláusula cuando verdaderamente sea consustancial al arrendamiento, y no pueda acreditarse que encubre un contrato distinto, dada la falta de nexo entre la producción de los frutos y la actividad que sobre el fundo debe desplegar el arrendatario, o habida cuenta de lo que corresponde a los usos del lugar. Cierto que el arrendatario no adquiere, por virtud del contrato, la propiedad de los frutos futuros, sino un derecho de obligación real, que le faculta tanto para usar del fundo, como para que se le permita que después de cesar la posesión atienda a las operaciones complementarias que requiera el cultivo y pueda recoger y hacer suyos los aludidos frutos; derecho de obligación que puede ejercitar, tanto contra el sucesor del arrendador en la propiedad del fundo (2) como contra el propietario después de extinguirse el usufructo, y por un espacio de tiempo, posterior a la extinción del arrendamiento, igual al que debía transcurrir, si el usufructo subsistiera, después de fenecido el plazo señalado en el contrato para el mismo arrendamiento.

311. Pero la regla formulada en el artículo 480 (a) permite inducir este principio de carácter mucho más general: la propiedad de

---

fructo. En tal sentido CHAUVEAU, *ap.* CARRÉ, *Lois de la proc. civ.*, ad a. 625, q. 2.109 ter.; MATTIROLO, V, 657.

(1) Esto sostiene PROUDHON, 997.

(2) Y contra quien adquiere el usufructo del fundo arrendado, aunque así vengan a restarse al usufructuario frutos naturales cuya separación ocurre durante el usufructo; v. *infra*, ps. 470 y ss.

(a) [Cf. art. 472 del Cód. esp.]

los frutos la adquiere quien sobre la cosa de que se separan tiene la propiedad, o bien un derecho a hacerlos suyos en el instante en que se realiza dicha separación. En todos los casos de transmisión de propiedad, ya sea por venta (1), donación, legado (2) y aun por prescripción; como en todo caso de transmisión de un derecho de goce, constitución y cesación del usufructo o de la enfiteusis, cesión del usufructo, etc., se adueña de los frutos la persona a quien corresponde el derecho sobre la cosa en el instante de separar aquéllos (3). Y también se amplía el alcance del principio con este su corolario obligado: el que está obligado a entregar por un cierto tiempo el disfrute de una cosa, está obligado, asimismo, a prestar los frutos que se separen durante ese tiempo. En una sola forma puede modificar la voluntad de las partes las consecuencias de estos dos principios: constituyendo un vínculo obligatorio que en el segundo grupo restrinja el contenido de la obligación de prestar, y que en el primero señale la obligación de restituír los frutos apropiados (4).

El origen de aquel principio se remonta indudablemente a con-

---

(1) ULP., 13, § 10 *de act. e. v.*, XIX, 1.

(2) MOD., 42 *de usur.*, XXII, 1.

(3) Las consecuencias del principio quedan modificadas por la regla del art. 1.416 sobre el reparto de los frutos dotales; v. la nota siguiente. CUYACIO, *Tr. de feudis*, l. IV, lib. 30, y *Observation.*, l. XXIV, c. 21, sostuvo que una norma análoga a la establecida en caso de disolución del matrimonio debe aplicarse en todas las hipótesis de extinción del usufructo; pero su opinión no halló seguidores (puede verse en el mismo lugar la regla establecida para la atribución de los frutos en caso de reversión de feudos). Y de hecho, el art. 703 trata a la persona aparentemente investida de un derecho de disfrute, como si de él estuviera investida real y verdaderamente. Contra esta asimilación, y contra el régimen creado por el Derecho moderno respecto a la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe; v. PETRAZYCKI, *Fruchtverth.*, § 48.

(4) Si el título constitutivo ordena que el usufructuario haga suyos los frutos a partir de una fecha posterior al comienzo del usufructo, no cabe decir que, restableciéndose en el intervalo el derecho de accesión, los adquiere el dueño a título originario, sino por virtud de la transmisión a que el usufructuario quedó obligado. Y lo mismo que el principio puede ser modificado por la voluntad de las partes, también puede serlo por la ley. Este es el caso del art. 1.416 (y también el de los frutos beneficiales; v. *infra* el n. 318): no hay que recurrir a la construcción artificiosa de una adquisición hecha en común y referente a los frutos separados durante el año último, dejando pendiente la cuota de prorrateo, cuya cuantía habría de determinarse por la duración del matrimonio en el mencionado año (tesis sostenida por TOULLIER, XIV, 304, y por PROUDHON, 2.698); los frutos separados antes de la disolución, los adquiere el marido; los

sideraciones de una economía natural en la que sólo aparece como único factor de producción la cosa misma de la cual se desprenden los frutos; economía en la que se otorgaba, desde luego, una importancia muy secundaria a la acción de los factores concurrentes. En las fuentes romanas se encuentran huellas de una manera diferente de ver el problema (1), que no prevaleció, pero del que perdura un recuerdo en aquella distinción entre frutos naturales e industriales que el Código Napoleón conserva, aunque de ello no derive consecuencia alguna. La *perceptio jure soli, jure corporis ex quo perci-piuntur*, se afirma de un modo categórico frente a la pretensión de una *perceptio jure seminis ex quo oriuntur* (2), y los derechos del trabajo, y, en general, de los factores que contribuyen a la producción de los frutos, el *cultivo* y el *cuidado*, aunque asoman en los razonamientos que explican la divergencia existente con respecto a las consecuencias, lógicas al parecer, de la *perceptio jure corporis* (3), no justifican, en realidad, semejantes divergencias (4), y menos aún han sido reconocidos, generalmente, en los distintos Derechos procedentes del Romano.

En cambio, en el antiguo Derecho germánico se encuentra sancionada la adquisición de los frutos por quien tiene un derecho sobre la cosa que los produce en la fecha en que se realizan los trabajos necesarios para su producción (5). Es evidente que este prin-

---

separados después, la mujer; y tanto para uno como para otra subsiste la obligación de un reintegro eventual y debidamente proporcionado (a).

(a) [Comp. el art. 1.380 del Cód. esp.]

(1) POMP., 45 *de usur.*, XXII, 1: *fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operibus adquisierit, veluti serendo...* PAULO, 45 pr. *de a. r. d.* XLI, 1: *bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt...* Cfr. GALVANUS, *de usufruct.*, c. 28, ps. 454 y ss.

(2) JUL., 25 pr. § 1 *de usur.*, XXII, 1.

(3) § 35, I, *de rer. div.*, II, 1.

(4) La limitación del derecho del poseedor de buena fe a los frutos industriales, sostenida ya con vista del citado pasaje de POMPONIO, 45, *de usuris*, y categóricamente contradicha por el pasaje de PAULO, 45, *de acq. r. d.*, está universalmente rechazada en cuanto al Derecho justinianeo; v. HEIMBACH, *L. v. d. Frucht*, ps. 251 y ss.

(5) *Sachsenspiegel* (Espejo de Sajonia) II, art. 58, § 1: si el feudo se extingue por muerte de su titular, sus herederos adquieren lo que aquél hubiera ya ganado *(verdientes Gut)*; § 2: se considera ganada la cosecha cuando des-

cipio, alabado por los escritores alemanes como un reconocimiento de los derechos del trabajo, aun prescindiendo de la dificultad de aplicarlo y de las inseguridades respecto al momento en que se pueden llamar realizadas las operaciones preparatorias de la producción (1), no sirve para resolver equitativamente el problema de la distribución de los frutos entre los que se suceden en el goce, y en buena parte, y como el Derecho romano, deja al azar el cuidado de beneficiar a uno en daño de otro. La adquisición de los frutos, además, no puede ser una compensación adecuada a los gastos y a los trabajos necesarios para su producción; ni fué considerada tal ciertamente en el Derecho germánico (2), que por primera condición para ello señalaba la pertenencia de un derecho sobre la cosa, o la creencia justificada de que se tenía sobre ella un cierto derecho (3). Ahora bien; si en este derecho, o en la expectativa derivada

---

pués de la preparación del terreno con el arado, se realiza la operación de pasar la grada o rastrillo. Para estudiar cómo se justifica la aplicación de este principio a los diversos casos de sucesión en el disfrute (disolución del matrimonio, emancipación por mayoría de edad de los pupilos sujetos a la tutela usufructuaria, etc.), pueden verse los demás pasajes del *Sachsenspiegel* y del *Schwabenspiegel* (Espejo de Suabia) indicados por HEIMBACH, ob. cit., ps. 270 y siguientes.

(1) En la mencionada obra de HEIMBACH, p. 290, pueden verse los plazos fijados para las diversas clases de producción en los antiguos monumentos del Derecho germánico; y en las páginas siguientes de la misma obra podrán hallarse las diversas aplicaciones hechas por la ley y por la jurisprudencia (derechos que se adquieren por haber realizado la mayor parte de los trabajos necesarios para la producción; derecho de quien empezó los trabajos si luego viene a desaparecer su potestad sobre la cosa; facultad de continuar los trabajos pagando al efecto una contraprestación, etc.).

(2) El adagio *Wer säht, der mäht* («quien siembra, recoge») envuelve un absurdo si no se aclaran sus términos, examinándolo, como lo he hecho, con ayuda de las fuentes. El trabajo es *una* condición, pero no *la* condición para adquirir los frutos.—La importancia que los escritores alemanes dan a la expresión más antigua y única genuina para designar el fruto: *verdientes Gut*, esto es, bienes ganados, se atenúa bastante si se tiene en cuenta que también se emplea, indiferentemente, cuando se trata de censos, diezmos, etc.; así dice el *Schwabenspiegel*, art. 219: el dinero que se obtiene con un molino, con un impuesto, monedas y otras cosas, se *gana* el día en que debe pagarse.

(3) Se niega siempre derecho a los frutos a la persona que, a sabiendas, cultiva el fundo ajeno (*Lex Rotharis*, c. 359: *perdat operas et fruges; Sachsenspiegel*, II, a. 47, § 1; *Schwabenspiegel*, a. 211, 302); y asimismo se manda que en caso de haberse labrado un predio antes de que el dueño entable

de la creencia de tenerlo, se asienta el fundamento de la adquisición, no es menos injusto beneficiar con la atribución de todo el grano recogido al año siguiente, a quien, por ejemplo, ha usufructuado sólo durante dos o tres meses del precedente, o sea de agosto a octubre, que a aquel cuyo derecho de usufructo nace en mayo o en junio para extinguirse en julio, y coincide con la siega. La solución más acertada del problema consistiría en reconocer a quien tiene derecho sobre la cosa una parte de los frutos proporcional a la duración de ese derecho en el período fructífero; aun cuando no se ocultan a nadie las dificultades prácticas que, como veremos, ocasionaría esta solución, por cierto admitida en el Derecho vigente respecto a los frutos civiles (1).

312. Cabría pensar que corresponde un trato distinto a los derechos del trabajo, y que con respecto al empleado en la producción de frutos surge normalmente un derecho a ser indemnizado por quien hace suyos esos frutos. Si fuese así, el principio del artículo 480 parecería una anomalía y necesitaría que se explicara como cosa especial la relación que media entre propietario y usufructuario; porque después de haber señalado aquél qué frutos pertenecen al dueño y cuáles al usufructuario, niega expresamente el derecho «a compensación en uno y otro caso, por los trabajos y semillas».

---

acción para reivindicarlo, el que lo cultivó haya de abonar, ello no obstante, una indemnización al propietario para poder hacer suyos los frutos obtenidos (*Sachsensp.*, II, a. 47, § 3; *Schwabensp.*, a. 211).

(1) Cfr. *infra* nn. 317 y 318.—A esta solución tiende, aunque no haga frente a sus dificultades, la norma que como conclusión recomienda para futuras reformas legales PETRAZYCKI en su estudio *D. Fruchtvertheilung beim Wechsel d. Nutzungsberecht.* (Berlín, 1892) al examinar la sucesión de beneficiarios en el disfrute; cosa muy distinta de la sucesión que se establece entre quien tenía derecho efectivo a él, y quien sólo tenía un derecho aparente al mismo (v. el n. 318). Su fórmula es ésta: «el sucesor en el disfrute debe restituír a su antecesor aquella parte de los frutos periódicos que corresponda a la duración del derecho de éste con respecto al período en curso». También LAURENT, VI, 394, comentando la regla sobre la adquisición de los frutos civiles, sostiene que la lógica exigiría aplicarla igualmente a los frutos naturales (a).

(a) [En nuestra patria, los expositores (SÁNCHEZ ROMÁN, NAVARRO AMANDI, MANRESA) consideran injusto que se limite la indemnización del usufructuario, conforme al art. 472, a los gastos de cultivo, sin darle participación alguna proporcional en el producto líquido de los frutos naturales o industriales, a diferencia de lo dispuesto para los frutos civiles.]

No es así en realidad; y tanto en nuestro Derecho como en el romano, y a virtud de una falsa abstracción de reglas dictadas para casos muy distintos, se ha sostenido que el principio *fructus intelliguntur deductis impensis* implica para quien recoge los frutos la carga de satisfacer los gastos de producción (1). En esta afirmación se confunden de un modo extraño dos posiciones sustancialmente distintas: la de quien tiene derecho a percibir los frutos y con el percibo (o con la separación, que nada importa para el asunto) deviene propietario de los frutos, y la de quien tiene tan sólo un derecho obligacional a la prestación de los frutos recogidos por otro (2). Únicamente en el segundo caso ocurre que se consideren los frutos, no en su individualidad, sino en su valor, y que de la totalidad que representa el valor pueda deducirse otra cantidad, la de los gastos. Por eso no debe inducirnos a engaño la generalidad con que se formula dicho principio (3), que las fuentes romanas aplican siempre y únicamente cuando se trata de señalar lo que constituye el objeto de la obligación de restituír los frutos (4).

---

(1) El concepto de que los gastos son cargas de los frutos es un concepto económico y no jurídico; a él se recurre en las fuentes para explicar una regla distinta de aquella deducción o rebaja que se hace de los frutos, y a la que aludiré ahora: la regla que niega todo derecho a reembolso a la persona que hubiera realizado los gastos y recogido los frutos sin estar obligada a restitución: PAULO, 13 *de imp.*, XXV, 1; NERAT., 15-16, *eod.*

(2) Cfr. RICCOBONO, *Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis (Arch. Giurid.*, t. LVIII): «la regla presupone la obligación que una persona tiene de reintegrar los productos del fundo a quien tenga derecho a ellos».

(3) PAULO, 36, § 5 *de h. p.*, V, 3; ULP., 46 *de usur.*, XXII, 1; 7 pr. *sol. matr.*, XXIV, 3; c. 1 *de fructib.*, VII, 51.

(4) Por parte del gestor, al *dominus:* PAP., 30 *de neg. gest.*, III, 5 (donde el principio se extiende a la restitución de los intereses); del poseedor de la herencia, al heredero: PAULO, 36, § 5 *de h. p.*, V, 3; del *procurator:* LABEO *ap.* ULP., 10, § 9, *mandati*, XVII, 1; del administrador: ULP., 46 *de usur.*, XXII, 1 (cfr. LENEL, *Palingenes.*, II, 789); de los herederos entre quienes se reparte la herencia: JUL., 51 pr. *fam. erc.*, X, 2; y de los socios recíprocamente: PAULO, 38, § 14 *de us.*, XXII, 1; de quien defrauda a sus acreedores, respecto a estos últimos: ULP., 10, § 20 *quae in fraudem*, XLII, 8; de quien cobra lo que no se le debe: PAULO, 65, § 5 *de cond. ind.*, XII, 6; del marido, a su mujer, en punto a aquella parte de los frutos del último año que a ella corresponde: ULP., 7 pr. *sol. matr.*, XXIV, 3. Por lo demás, es indiferente que concurra o no con el derecho personal a exigir la restitución, un derecho de propiedad sobre los frutos recogidos por el obligado; si se quisiera proceder mediante reivindicación en

En el primer caso se excluye *a priori* la posibilidad de tener que hacer cálculos para lograr determinar qué sea fruto; el cálculo conduce a fijar una *cantidad,* pero lo que sea fruto natural en el momento mismo en que asume individualidad jurídica y es susceptible de apropiación, lo fija su *cualidad* de parte de la cosa que se desprende de ella sin alterar su sustancia y que por eso constituye renta. Desaparecida la posible incertidumbre sobre la *cualidad* de fruto, resulta necesariamente la apropiación a favor de quien tiene un derecho de goce sobre la cosa; y como quiera que se realiza la apropiación de todo lo que tiene aquella cualidad, no ha lugar a investigar cuál sea la cantidad.

Cierto que la omisión de un gasto puede llegar a alterar la sustancia o el destino específico de la cosa; y por tanto, a variar la determinación cualitativa de la parte separada, privándola con ello del carácter de fruto; así sucede cuando no se repuebla el monte alto, porque entonces los árboles que se cortan en sazón carecen del carácter de frutos. Prescindiendo de la responsabilidad que cabe contraer en materia de conservación de la sustancia, de aquí resultará que no sea posible apropiarse tal parte a virtud del derecho a los frutos (1). Pero no puede sacarse de ello esta consecuencia ulte-

---

vez de reclamar el derecho de crédito, el demandado podría excepcionar alegando el carácter limitado de su propia obligación para excluír así los efectos más amplios de la reivindicación, que comprende el objeto determinado por su cualidad de fruto (v. más adelante en el texto).—En un solo pasaje (GAYO, *4 de op. serv.*, VII, 7) se habla de la *deductio impensarum* sin hacer referencia a una verdadera obligación de restitución de frutos. Pero el pasaje tampoco se refiere, en realidad, a los frutos naturales *sensu stricto,* sino a las obras de los siervos. Y la detracción se verifica cuando el propietario del esclavo deba rendir cuentas de sus trabajos al legatario, o cuando el legatario de las *operae* deba rendir al propietario cuenta de las demás utilidades obtenidas merced al siervo; por consiguiente, siempre que haya de procederse a una evaluación cuantitativa de tales labores.

(1) Conviene aquí completar lo dicho en el n. 278 (p. 315). Si es cierto que la conservación de la sustancia, antes condición objetiva del disfrute, se ha transformado en condición subjetiva de tal derecho, en el sentido de que las modificaciones casuales o voluntarias del destino de la cosa dejan en pie la mencionada facultad de disfrute (a reserva de la responsabilidad del usufructuario y en tanto que no se le prive del goce), sería ilegítimo deducir de ello que el usufructuario no se expone más que a una responsabilidad personal al alterar la sustancia separando de la cosa partes que no tengan el carácter de frutos. Este hecho no cambia la naturaleza jurídica de tales partes, que siguen

rior y distinta: que cuando se hayan hecho gastos, la apropiación de las partes separadas como frutos está subordinada a la obligación de reembolsar al autor de las expensas. El derecho a hacer suyos los frutos se deriva del derecho que se tiene sobre la cosa en el momento de la separación; y el alcance de este derecho lo determina el estado en que se encuentra la cosa en aquel momento, y nada tiene que ver con las circunstancias que la hayan colocado en semejante estado.

El fundamento de la obligación de reembolsar los gastos hechos para producir los frutos, debería buscarse fuera del derecho de apropiación, y hasta cabría aplicar el principio del enriquecimiento sin causa, reconociendo que el aumento patrimonial que se deriva de la adquisición de los frutos está compensado con el deber de reembolsar a quien a sus expensas los ha obtenido; siendo tal aplicación perfectamente legítima cuando se trate de relaciones entre quien tiene un derecho sobre la cosa y quien carece de derecho alguno sobre ella. El propietario que reivindica y que percibe los frutos, debe reembolsar al poseedor de buena o de mala fe, lo mismo que de otro gasto cualquiera hecho para conservar la cosa, de los realizados para producir los frutos (1). Y en el enriquecimiento sin causa se halla el fundamento del precepto generalísimo contenido en el artículo 445 (a): el que recoge los frutos de la cosa está obligado a reembolsar a los terceros los gastos de cultivo, semillas y trabajos que hayan realizado. Pero este precepto es aplicable tan sólo cuando haya hecho los gastos un *tercero*, sea o no poseedor de la cosa (2), y la mo-

---

siendo propiedad del dueño de la cosa, a menos que haya venido a constituirse sobre ellas, mediante una relación posesoria, algún derecho de terceros que procedieran de buena fe.

(1) En Derecho romano el poseedor de mala fe no podía pedir reembolso por los gastos que hubiera hecho, aun cuando el propietario fuese quien recogiera los frutos obtenidos merced a aquellos desembolsos; como hemos visto, sí podía deducir aquellos gastos en caso de que él tuviera que restituír los frutos. El mismo poseedor de buena fe carecía de una acción para recobrar los gastos realizados en la preparación de la cosecha, si bien podía hacer uso en tal caso de una *exceptio doli:* GAYO, I, II § 76; § 32 I, *de rer. div.*, II, 1; ULP., 37 *de h. p.*, V, 3.

(a) [V. art. 356 del Cód. esp.]

(2) La amplitud de la fórmula enunciada por el art. 445 comprende también el caso examinado por ULP., 27, § 25, *ad l. Aq.*, IX, 2, el cual niega, por el contrario, que el dueño quede obligado a reembolsar los gastos de la cosecha a quien la haya obtenido contra su voluntad, sin perjudicarla y sin desprenderse

dificación del estado de ésta, su susceptibilidad actual para dar luego fruto, así como la producción efectiva de él, nace de un valor que ha pasado del patrimonio del tercero al del propietario, o en general, de su derechohabiente. Ahora bien; cuando ha hecho los gastos el que tiene la propiedad de la cosa, no hay transmisión de valor al patrimonio ajeno al realizar los gastos; y el que sucede en la propiedad y adquiere la cosa en el estado en que se encuentra merced a esos gastos, no se enriquece después porque la cosa, puesta en situación ya de producir, comience a dar fruto. O, en otros términos, el aumento de valor resulta de la preparación para producir; y si ocurre cuando la cosa se halla en el patrimonio de quien hace los gastos, no origina ningún enriquecimiento ajeno. Por lo tanto, no hay motivo alguno para que quien adquiere, ya sea por venta, donación, legado u otro título cualquiera, y recoge los frutos, reembolse gastos por este concepto a su antecesor en la propiedad (1).

La posición del que sucede al dueño en el derecho al disfrute, como ocurre con el usufructuario, es igual a la del que sucede en la propiedad, y queda justificada así la primera parte de la regla que estamos examinando, si la reconducimos a un principio general. En cambio, puede motivar dudas y las ha originado, la relación inversa: la del propietario que sucede en el goce al usufructuario. Se puede reconocer que el usufructuario, si con su actividad coloca la cosa en situación de producir, aumenta con ello el patrimonio del dueño, a quien pertenece la cosa cuando se hacen los gastos, y a quien en aquel mismo momento se le asegura el derecho a beneficiarse de tales dispendios en el caso de que el usufructo cese antes de la recolección; hay en ello, pues, un enriquecimiento *sub conditione*, y si ésta se realiza, debe reembolsar. Y no vale objetar que si hay enriquecimiento a expensas del usufructuario, no hay enriquecimiento sin causa, porque ésta se halla en la obligación correlativa al derecho de disfrutar, que es atender a la conservación ordinaria de la cosa; el mantenimiento y la conservación de la aptitud de los bienes para que fructifiquen es cosa distinta de su preparación para producir actualmente. El Código niega también la obligación del propietario de reembolsar los gastos de producción al usufructua-

---

de ella; por tanto, determinando, más bien que impidiendo, una adquisición a favor del propietario.

(1) El valor general del principio, cuya importancia es grande, sobre todo en materia de legados, no suele, sin embargo, ponerse de relieve. Ni que decir tiene que las partes pueden, desde luego, modificar sus consecuencias.

rio (1), fundándose en la razón superficial de que de esta suerte el azar es igual para usufructuario y propietario, pues quedan ambos en situación de recoger los frutos sin pechar con los gastos de producción, y además se basa en la conveniencia práctica de eliminar toda cuestión acerca de los gastos de los frutos (2).

---

(1) No por ello cabe deducir que el usufructuario esté obligado a asegurar la continuidad de la producción si interrumpiéndola no viene a alterarse la condición productiva del fundo. De aquí esta incongruencia: si el propietario tiene frutos que percibir, no tiene que reembolsar gastos; en cambio, si faltan los frutos, no tiene derecho a pedir que se le indemnice. Para suprimir este contrasentido, no cabe afirmar que el usufructuario se halle obligado a devolver el fundo en las mismas condiciones en que lo recibió, y que debe, por consiguiente, devolverlo preparado ya para la producción si así se le entregó, y si la restitución se verifica antes de recoger la cosecha. La obligación de conservar la sustancia no tiene esa amplitud (v. *supra* el § 2 y el cap. V), y la letra del art. 480 tampoco permite distinguir: al usufructuario se le niega el derecho al reembolso de los gastos, aunque no haya podido aprovecharse al comenzar el usufructo de los desembolsos que con anterioridad hubiera efectuado el dueño.

(2) La disposición del Cód. de Napoleón concordante con nuestro artículo 480, y las razones aducidas para apoyarlo, merecen viva censura a LAURENT, VI, 383. En las fuentes romanas no encuentro negado ni afirmado el derecho del propietario al reembolso. Lo niegan sin apoyarse en textos: WINDSCHEID, § 203 n. 3; GLÜCK, IX, 332; ELVERS, *Servitutenl.*, p. 230; RICCOBONO, *op. cit.* Lo admiten apoyándose erróneamente en la regla *fructus non intelliguntur*, etc., y con referencia al Derecho común: BORGNINUS CAVALCANUS, *de usufr. mulieri relicto*, n. 246; CASTILLO, *de usufruct.*, c. LXXVII, n. 5; POTHIER, *Douaire*, 201, 272. Lo admite asimismo el Código austriaco, § 519, con una regla que LANG, *Sachenrecht*, § 88, 17, considera equivocadamente aplicable por analogía a la relación entre usufructuario y propietario al comenzar el usufructo (a).

(a) [El Código esp. concede también al usufructuario el derecho a que se le abonen por el propietario al fin del usufructo, con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario (art. 472, párr. 3.°). Para el usufructo foral aragonés rige un sistema diferente y de alguna complejidad, que tiene su origen en las antiguas Observancias 6.ª y 54 *De jure dotium*. Si la viudedad cesa por muerte del usufructuario, las heredades que pertenecieron privativamente al cónyuge finado, ora estén cultivadas, ora incultas, recaerán, por ministerio de la ley, en los sucesores del propietario, los cuales quedarán desde entonces exentos de abonar impensa alguna al sobreviviente o a sus herederos. Pero si la viudedad se extingue por renuncia expresa, o por contraer el viudo nuevas nupcias y recaer en los hijos suyos el pleno dominio, los frutos aparentes en las heredades se han de dividir entre el uno y los otros, y serán comunes los gastos que se ocasionen hasta la recolección u obtención de los productos (art. 74, párrafos 1.° y 2.° del Apéndiee foral).]

Claro está que cuando los gastos los hace un tercero, tanto el usufructuario como el propietario que recoge los frutos están obligados a compensar (a); y claro está que si para adquirir simiente, estiércol, sustancias insecticidas, o para las labores, el propietario o el usufructuario han contraído deudas dotadas de aquella preferencia legal que aseguran los artículos 1.958, n. 5 y la ley de 7 de julio de 1901, uno y otro deben satisfacer el crédito privilegiado, a reserva de su acción para repetir contra quien contrajo la deuda.

Completamente superflua es la última parte del artículo 480. La cesión de una parte de los frutos al mediero, incluída en los contratos de aparcería por el propietario antes de comenzar el usufructo, o por el usufructuario mientras éste dura, subsiste eficaz respectivamente para el usufructuario y propietario, porque uno y otro suceden en la relación de aparcería.

313. Sobre la definición que de los frutos civiles—frutos que no proceden directamente de la cosa, pero que se obtienen a causa de ella—da el artículo 444 (b) del Código, tomándola de cierto antiguo escritor de Derecho común (1), está la sentencia de PAPINIANO: *vectura, sicut usura, non natura pervenit sed jure percipitur* (2). *Fruto civil es toda clase de renta que se obtiene de una cosa o de un derecho en virtud de un vínculo jurídico.* El fruto civil puede nacer del mismo vínculo jurídico de que se deriva el derecho considerado como fuente de renta; y éste es el caso de los intereses de capitales, de las rentas vitalicias y también de los productos de la enfiteusis. Puede nacer de un vínculo jurídico que tenga por causa la prestación de la cosa considerada como fuente de renta; tal es el caso de los arrendamientos y alquileres. En este segundo caso se manifiesta en los frutos civiles el carácter de una *renta de sustitución;* de la renta que sustituye en la economía del dueño a la que la cosa podría suministrarle directamente; y la construcción del Código se adapta mejor, porque considera los frutos civiles como productos obtenidos no directamente de la cosa, sino a través de una relación jurídica intermedia, y que se adquieren en virtud del derecho del propietario

---

(a) [Art. 472, párr. 4.°, del Cód. esp.]

(b) [Comp. art. 355, párr. 3.°, del Cód. esp., que se vale de una noción demostrativa, sin verdadera definición.]

(1) De NOODT, *Comm. ad Pand.*, VI, 1 (op., I, p. 159) o de HUBER, *Prælect. jur.*, I, p. 114.

(2) PAP., 62, pr., *de r. v.*, VI, 1.

a las accesiones de la cosa, que es su causa indirecta, o bien «ocasión de la renta», según su terminología. En el primer caso puede verse en la satisfacción de los intereses, de la renta, del canon enfitéutico, una renta sustitutiva de la que rendiría el capital entregado en mutuo, el capital entregado en renta o el fundo dado en enfiteusis. Y puede hablarse de un derecho de accesión también por cuanto que al derecho a la restitución del capital, al derecho a la renta, al dominio directo del fundo enfitéutico, se agregan los intereses, la anualidad, el canon, que en virtud del vínculo mismo por el cual se constituyeron los derechos fuente de renta, vienen a actuar como rentas del titular de esos derechos. Más adelante veremos a qué otras formas de renta se amplía el concepto expuesto de frutos civiles (1).

Sólo hay un texto en las fuentes romanas referente a los derechos del usufructuario sobre el primer grupo de frutos civiles, sobre los intereses del crédito (2), y ha servido de fundamento suficiente para la teoría del Derecho común, que le atribuye el derecho incondicional de percibirlos y apropiárselos a su vencimiento, si es que éste ocurre durante el usufructo (3). Se ha comparado el vencimiento de los intereses a la separación de los frutos naturales, y creído poder hallar un fundamento jurídico común para la apropiación del usufructuario viendo que en el momento de la separación y en el del vencimiento los frutos asumen individualidad jurídica y devienen susceptibles de apropiación (4). Tanto la comparación, como la deducción que se hace de ella, son equivocadas, porque mientras el fruto natural no vive antes de la separación como cosa que exista por sí misma y cuya propiedad por tanto pueda transmitirse (5), en el momento mismo en que surge la relación de que deriva el pago de los intereses, existe ya el derecho a éstos como tal derecho, del que cabe disponer, al que se puede renunciar o que es posible ceder independientemente del derecho al capital. Si negamos, por consiguiente, que aquel derecho se adquiera con el vencimiento, nada se

(1) N. 319.—Cons. también sobre el concepto de frutos civiles STAMMLER, *Niessbr. an Forderung.*, § 7, y REICHEL, *d. Begriff d. Frucht*, *supra* citado.

(2) PAP., 24 pr. *de us. leg.*, XXXIII, 2.

(3) V. GLÜCK, IX, p. 339, y autores allí citados; STAMMLER, *op. cit.*, § 13; HANAUSEK, *Uneigent. Niessbr.*, § 18.

(4) CARPZOV, *Jurisp. for.*, p. III, c. 16, def. 5 y 6; GLÜCK, t. VIII, p. 262.

(5) Salvo el caso de partes del fundo que alternativamente sean susceptibles de actuar como frutos o como cosas productivas: v. la n. 3 de las ps. 444 y 445.

opone a que lo estimemos adquirido por el usufructuario en un momento anterior, el de la constitución del usufructo (1), y que hagamos derivar de éste juntamente la transmisión de un derecho a participar en el crédito de capital, y la transmisión de un derecho de propiedad sobre el crédito de los intereses, aun cuando bajo la condición suspensiva de que dure el usufructo al vencer el plazo para exigirlos (2). El principio de la adquisición de los frutos naturales nos proporciona un argumento analógico bastante para rechazar que la apropiación por parte del usufructuario esté sujeta a otras condiciones que la de estar investido del derecho sobre la cosa en el momento en que de ésta pueda ser obtenida una renta; aquel principio sirve para negar, sobre todo, el pretendido requisito de que el derecho sobre la cosa haya persistido durante todo el tiempo necesario para producir la renta (3).

Otro texto reconoce expresamente la sucesión del propietario al usufructuario y de éste a aquél en los derechos de obligación que se deriven del vínculo creado para asegurar la producción de la renta de la cosa usufructuada; es aquel texto referente al arrendamiento del trabajo del esclavo usufructuado y a la estipulación del equivalente o contraprestación por parte de éste (4). De aquí resulta precisamente el reconocimiento de la *ambulatoriedad* de la estipulación, o sea la posibilidad de que ejercite directamente los derechos que de ella se derivan una persona distinta del estipulante y que no sea un sucesor de éste a título universal (5). Pero esta sentencia

(1) O en un momento posterior al nacimiento del derecho de usufructo, pero anterior de todos modos al vencimiento, en la hipótesis de que sólo después de constituído el usufructo venga a formarse la relación obligatoria, y que esté preordenada la subordinación del derecho que de ello deriva al usufructo; por ejemplo, si se ha legado la propiedad de un fundo a una persona y el usufructo a otra, atribuyendo al heredero la facultad de retraer el fundo mediante la prestación de un capital, cuando el heredero ejercite su derecho de retracto, el objeto del usufructo vendrá a ser el crédito del capital.

(2) La adquisición del crédito relativo a intereses siempre ocurre de modo derivativo, porque su fundamento estriba en la pertenencia a quien le precedió en el disfrute; pero para la transmisión no se exige un acto especial de voluntad, debiéndose establecer el nexo siempre con el hecho jurídico, voluntario o no, que lleva consigo la constitución del usufructo.

(3) Sin embargo, una considerable corriente dentro de la doctrina común admite este requisito; v. las citas que hace GLÜCK, t. IX, p. 304.

(4) ULP., 25, § 2 *de usufr.*, VII, 1; cfr. PAULO, 26 *eod.*

(5) Si la estipulación de la merced se verificaba durante el usufructo, ha-

queda limitada al caso concreto a que se refiere. En las demás relaciones constituídas para obtener renta de una cosa, se niega la sucesión del usufructuario al propietario o recíprocamente, así como su eficacia para quien no sea parte contratante (1). Por otra parte, el texto mismo que excluye la sucesión en la relación arrendaticia, y establece su independencia con respecto al derecho sobre la cosa arrendada, no deduce la consecuencia de que el usufructuario, a causa de ello, pueda obtener una renta de sustitución en distinta medida de la que le procuraría el disfrute directo de la cosa arrendada; y para que pueda reservársele el beneficio patrimonial completo, resultante del pago a su vencimiento de la prestación convenida por la cesión del goce al arrendatario, impone por condición que el usufructo exista en el instante en que el arrendatario percibe los frutos naturales (2).

A base de este texto ha venido desenvolviéndose la teoría del Derecho común, que propende a igualar los efectos patrimoniales del goce directo a los del indirecto y afirma que de las prestaciones del arrendatario puede obtener el usufructuario ventajas iguales a las que recibiría él mismo si gozase de la cosa usufructuada; con la declaración de que las mercedes adeudadas por razón de los frutos recolectados durante el usufructo, quedan enteramente en beneficio del usufructuario; que ceden a favor del propietario las debidas por frutos recogidos después, y que entre los dos se dividen las utilida-

---

cía adquirir un crédito al usufructuario, pero la extinción del usufructo determinaba la transferencia de dicho crédito al propietario: *eorum quidem annorum, quibus ususfructus mansit, adquiretur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel adquisita fructuario, quamvis* (se hace referencia a la singularidad de la sucesión a título particular) *non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel arrogatorem.* También el caso inverso, que es el que directamente facilita la regla para la adquisición de los frutos de esta clase, está previsto y regulado de una manera análoga. Si existe una delación múltiple del usufructo a la misma persona (v. t. I, n. 40), y después de verificarse la extinción del usufructo y adquirir, por consiguiente, el propietario el derecho a la merced, resurge el usufructo, ocurre una segunda transmisión del derecho de crédito: *ambulabit stipulatio, profectaque ad heredem redibit ad fructuarium.* Cfr. KOHLER, *d. Servus fructuarius,* § 16 (Leipzig, 1889).

(1) SCAEV., 58 pr. *de usufr.*, VII, 1; cfr., ULP., 9, § 1 *loc.*, XIX, 2.

(2) *Fructuariae heredem secundum ea quae proponerentur integram pensionem percepturum. Integra* dadas las circunstancias del caso en cuestión y la muerte de la usufructuaria *jam omnibus fructibus per colonos sublatis.*

des si las mercedes se deben a causa de frutos recogidos parte antes y parte después de la extinción del usufructo, sin tener para nada en cuenta la época de su vencimiento; y se concluye que si la merced o alquiler se debe, no a causa de los frutos que se recolecten en época determinada, sino en razón de las utilidades que en cualquier momento reporta o puede reportar la cosa al arrendatario, como los frutos de un huerto o de un prado, y más aún la utilidad, distinta de los frutos, que proporciona el arrendamiento de una casa o de una tienda, debe hacerse su reparto siempre y proporcionalmente al lapso en el cual durante el usufructo haya disfrutado del objeto el arrendatario (1).

Y de esta última parte del principio se ha deducido, con notoria impropiedad, la fórmula de la percepción diaria—día por día—de los frutos civiles, o de una clase de ellos (2). El principio no se refiere en modo alguno a la percepción de los frutos civiles, ni en el sentido de adquisición de lo que es objeto de aquellas prestaciones que tienen el carácter de frutos civiles, ni tampoco en el sentido de la adquisición del derecho a estas prestaciones. Lo que constituye el objeto de las mismas no puede adquirirse hasta el momento en que éstas se realizan; el derecho a la prestación, hasta el momento en que se constituye el vínculo de que se deriva la obligación de prestar, o hasta el instante en que viene otra persona a suceder a aquélla, en cuyo favor se constituyó la relación. Y como quiera que ni el Derecho común ni el romano reconocían la sucesión de usufructuario a propietario y de éste a aquél en la relación arrendaticia, la teoría expuesta no altera las consecuencias jurídicas derivadas de la constitución del vínculo; el propietario conserva y transmite a sus herederos el derecho exclusivo a exigir el pago de la merced de aquel a quien ha arrendado la cosa que queda sujeta al usufructo; el usufructuario conserva y transmite a los suyos el derecho a exigir el pago de las mercedes del arrendamiento estipulado por él; y después de haber adquirido el derecho a las prestaciones que forman los frutos, uno y otro están recíprocamente obligados a restituirse, total o parcialmente, el valor de estas prestaciones (3).

---

(1) CASTILLO, *de us.*, LXXVII, 25; RICHERI, *Univ. jurispr.*, t. III, página 361, § 1.535, t. VIII, § 1.468.

(2) Precisamente a un cobro, día por día, de la deuda, se refiere GOEPPERT, *Organ. Erz. u. Früchte*, p. 43.

(3) La adquisición del derecho a obtener las prestaciones que se derivan de una relación jurídica, cuando se trata de adquisición por un usufructuario

314. Nuestro Código, imitando al de Napoleón, ha regulado de un modo uniforme el reparto entre el usufructuario y el propietario de las prestaciones que constituyen frutos civiles. La diferencia entre arrendamientos de fundos que producen frutos en época determinada, y fundos que pueden producir frutos día por día o alquileres de casas, hubo necesariamente de desaparecer a causa de esta consideración: que no se puede decir que se deban las mercedes exclusivamente a causa de la cosecha, y que por tanto falta un criterio seguro para liquidar la parte de frutos que corresponde al usufructuario en razón a la parte de cosecha recogida durante el usufructo. La causa de la obligación que el arrendatario asume de satisfacer la merced, no consiste en la cosecha que haya realizado, sino en la posibilidad que se le da de usar por un cierto tiempo de la cosa y recoger esa cosecha; a causa de no ser deudor sólo por haber recolectado, sino porque durante aquel espacio de tiempo ha podido cosechar y utilizar en otra forma la cosa arrendada, se ha querido repartir el beneficio patrimonial en que consiste su prestación, teniendo en cuenta el lapso de tiempo en que su disfrute implicó la privación del goce directo del usufructuario y del propietario respectivamente; y de ello han nacido las incongruencias que señalaré más adelante (1).

Se explica que se haya intentado aplicar el mismo principio a los casos en que los frutos civiles representan asimismo un sustitutivo de lo que se obtendría del capital o de la cosa, cuya entrega ha permitido obtener el derecho a conseguir aquéllos del deudor; como ocurre respecto a los intereses del capital, las rentas vitalicias y el canon enfitéutico, y en los demás casos en que hay certidumbre en cuanto a las épocas en que se produce la renta.

En estas legislaciones no hay indicio alguno de que se haya querido hacer otra innovación y trasladar a la relación entre el usufructuario y el deudor de los frutos la aplicación de la norma que regula las relaciones entre usufructuario y propietario. Y nótese que, una vez admitida la sucesión en el vínculo arrendaticio, una vez generalizada la ambulatoriedad de la estipulación de la merced,

---

de cosas o derechos que estén fuera de aquella relación, se verifica, no por título originario, sino por título derivativo, siempre que la relación hubiera sido constituída por el propietario de la cosa en cuanto tal; por título originario, si hubiera sido el mismo usufructuario el que hubiera creado la relación. Cfr. WAECHTER, *Württenberg. Privatr.*, § 42, *Erörterungen*, ps. 73 y ss.

(1) V. n. 317 *i. f.*

hubiera sido jurídicamente posible dicha innovación; porque si en el arrendamiento celebrado por el usufructuario sucede el propietario, y puede exigir el cumplimiento de cuantas obligaciones a favor de aquél se hayan pactado, no hay necesidad, en estricto rigor jurídico, de reconocer al usufructuario un derecho a cobrar en los respectivos vencimientos, a reserva de gravarlo con la obligación de restituír en su caso el importe al propietario, como ocurre en el Derecho común, en el que sólo el usufructuario y sus herederos pueden accionar contra el arrendatario; cabe admitir que hace suyo y puede reclamar el derecho a la merced en la medida misma en que puede conservar su beneficio patrimonial; porque *perteneciéndole* tantas trescientas sesenta y cinco-avas partes de la merced como días haya durado el usufructo, hubiera podido reconocérsele el derecho a exigir tantas trescientas sesenta y cinco-avas partes como le pertenecen. Esta solución podría recomendarse prácticamente si fuese general, o siquiera normal, señalar como vencimiento el término del período por que se concede el goce. Si el importe del alquiler de una casa arrendada el 1.° de enero debe cobrarse el 31 de diciembre siguiente, no hay dificultad en permitir al usufructuario que exija el pago íntegro únicamente si el usufructo subsiste en aquella última fecha, ni en prescribir que si el usufructo se extingue uno o dos meses antes, intervenga también en el cobro, llegado que sea el vencimiento, el propietario, que es quien sucede en la relación arrendaticia, concurriendo con los herederos del usufructuario: el primero por 31 o por 61 trescientas sesenta y cinco-avas partes, y por el resto los segundos. Pero como quiera que generalmente no coinciden los vencimientos con el término del disfrute, semejante solución privaría de independencia al usufructuario para realizar actos de simple administración, como el de percibir rentas. Por sí mismo no podría el usufructuario realizar cobro alguno siempre que el vencimiento fuera un día siquiera antes de expirar el período respectivo, o habría de hacerlo en nombre propio y en representación, al mismo tiempo, del dueño por la parte que a éste le puede corresponder, indeterminada en ese momento; por lo tanto, para todas las relaciones en que, como he intentado demostrar, se halla el usufructuario al cobrar el capital de créditos, existe una comunidad de derecho entre él y el propietario.

Creo que en el Derecho vigente permanecen diferenciadas claramente la «adquisición-apropiación» y la «adquisición-aumento patrimonial» respecto a los frutos civiles. Si el vencimiento ocurre durante el usufructo, puede el usufructuario cobrar libremente cuan-

to se pague en concepto de fruto, porque tiene un derecho independiente sobre estas prestaciones desde el momento mismo en que surge el vínculo obligatorio o en que se constituye el usufructo; el derecho independiente para con el deudor nace cuando queda investido, merced al usufructo, del derecho a la renta, bajo la condición única de que llegue el término en que haya de entregarse la renta mientras dura su derecho (1). En este derecho no tiene participación alguna el propietario, quien sólo dispone de una acción respecto al usufructuario. En apoyo de esta construcción, además de que no se ve indicio de que haya querido cambiarse la situación necesariamente resultante de los principios en que se basaba el Derecho anterior, está la consideración de que en manera alguna conviene resolver en una adquisición-apropiación, con el subsiguiente deber de restituír, la pertenencia de los frutos por vencimientos ocurridos antes del usufructo. Al usufructuario le pertenecen aún los frutos percibidos anticipadamente por el propietario, si se refieren en todo o en parte a un período de goce que corresponda al tiempo en que rige el usufructo; se reputan como pertenecientes al usufructuario y adquiridos por él, día por día, incluso aquellos frutos que el propietario, a causa de circunstancias especiales, hubo de percibir con absoluta independencia, cuando no había fundamento para que otra persona participara por ningún concepto de su derecho de crédito; la ley equipara ambas situaciones, y no habla de una efectiva adquisición día por día, de una verdadera y cotidiana modificación de la situación jurídica del usufructuario para con el deudor, operada al final de cada día de aquellos en que el usufructo haya durado, sino de una ficción de adquisición *(se entiende adquirida;—s'intendono acquistati;—sont réputés s'acquérir)* que indica precisamente el resultado patrimonial de la apropiación de un derecho y la simultánea asunción del deber eventual de transmitir a otro el beneficio o utilidad lograda.

Son tan manifiestas las consideraciones prácticas que aconsejan

(1) Innecesario es que se añada que si llega el término durante el usufructo, el usufructuario ha adquirido el derecho, transmisible a sus herederos, de que el deudor de la prestación entregue ésta. Es raro que se haya negado por el Tribunal de Apelación de Catania, en 30 de agosto de 1897 *(Giur. ital.,* 1897, 704), que el usufructuario legal hubiese derecho a las rentas vencidas, pero no cobradas, durante el usufructo. Con razón se ha censurado esta sentencia por el Tribunal de Casación de Palermo en 20 de febrero de 1899 *(Monit. trib. Milano,* 1899, 329).

la construcción propuesta, que me parece inútil insistir en ellas. No conozco tratadista que haya formulado una opuesta: al usufructuario le corresponde un derecho personal para exigir del deudor la cantidad de frutos de que la ley le atribuye la propiedad; y que de esta premisa deduzca su consecuencia lógica: la necesidad posible de que el propietario intervenga en cuantos cobros realice el usufructuario. Pero para rechazar esta consecuencia, si se tiene conciencia del valor de la premisa, hay que afiliarse a un partido peligrosísimo para los derechos del propietario y harto infundado jurídicamente, cual es el de reconocer que el usufructuario puede ejercitar directamente y como representante del propietario, sin garantía alguna para éste, lo que es derecho suyo en todo o en parte, cierto o eventual.

Consecuencia de la adquisición del derecho de crédito sobre la prestación constitutiva de los frutos civiles, a condición de que éstos venzan durante el usufructo, es la facultad de disposición que sobre dicho crédito tiene el usufructuario, que puede perdonarlo, cederlo o pignorarlo, siempre bajo igual condición. Lo que define en último término la eficacia y límites de los actos realizados por él, es la extinción del usufructo (1). El usufructuario halla predeterminado el vencimiento de los frutos y pueden fijarse los plazos con anticipación que le permita disponer de las utilidades futuras; para él es una ventaja, pero para el propietario es un riesgo sin defensa apropiada, porque así resulta de la configuración dada a la relación y de la naturaleza misma de la cosa usufructuada.

Cierto es, por otra parte, que el usufructuario carece de facultades para alterar los vencimientos, y que los pactos sobre el particular que celebre con el deudor, carecen de eficacia para el propietario. Indudablemente puede señalar el vencimiento de la merced de los

---

(1) Parece innecesario advertir que son, en cambio, eficaces sin condiciones los actos de disposición relativos a las entregas de intereses, cánones, anualidades de renta, alquileres o mercedes que haga el propietario en cualquier tiempo antes de su vencimiento, y que, con tal de tener fecha fija, pueden oponerse a quien esté investido del usufructo en la época del vencimiento, quedando al usufructuario un derecho de crédito contra el propietario por el valor que le corresponde en razón a la duración de su derecho. Estos actos de disposición tienen por objeto un crédito actual, de exigibilidad aplazada, y por eso pueden tener la eficacia real que he negado a la venta de frutos futuros: v. *supra*, n. 310.—La exención o perdón de alquileres por más de un trienio, ha de inscribirse para que pueda obligar al adquirente de un usufructo que lo obtenga por acto *inter vivos* y lo haya transcrito.

arrendamientos contratados por él mismo. Pero esto no quiere decir que quede el señalamiento a su completo arbitrio, y que pueda pactar que la merced de un arrendamiento estipulado por varios años, se satisfaga por anticipado cada dos o más años, o de una sola vez. No dice el Código que tal precio haya de consistir en una prestación anual, como lo dice respecto a la enfiteusis (art. 1.556) (a); pero es, sencillamente, porque puede ser una prestación única si se trata de un arrendamiento anual o por menor tiempo. Ahora bien; de las garantías mismas con que la Ley lo rodea (núm. 3 del artículo 1.958) (b), resulta que el crédito nacido de los arriendos de inmuebles consta de tantos créditos como años sean los estipulados para la duración del arrendamiento: el privilegio establecido asegura el crédito del año corriente, del anterior y de los vencimientos sucesivos; a cada merced anual corresponde un crédito distinto. Y el señalamiento de un único vencimiento para los créditos de varios años, no forma parte del contenido de un contrato de arrendamiento, sino que es objeto de un contrato distinto, que no puede celebrar eficazmente el usufructuario con respecto al propietario, porque dispondría de aquellos créditos de los años sucesivos a la extinción del usufructo y que pertenecen al dueño. Es, en cambio, eficaz la estipulación de que el pago se haga al comienzo, en vez de hacerlo al terminar o al mediar el año de arrendamiento, y aun la de señalar un vencimiento anterior al comienzo del arrendamiento, según las costumbres locales, o incluso contra ellas, pues no cabe decir que el usufructuario quede obligado y sujeto a las mismas (1).

315. La doctrina francesa corrige la fórmula con que el Código estatuye la pertenencia de los frutos civiles al usufructuario, diciendo que éste tiene derecho a los frutos civiles que se devengan durante el usufructo (2).

De la primera parte del artículo 586 del Código de Napoleón

(a) [Cfr. art. 1.605 del Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 1.922, n. 7.° del Cód. esp.]

(1) Suele admitirse, dentro de los límites que consienten las costumbres del lugar, el que pueda oponerse al dueño el pago de las mercedes anticipadas hecho al usufructuario, aplicando por analogía el art. 687 del Cód. de Proc. civil.—Así lo admite Ricci, II, 172; cfr. Cas. Florencia, 22 junio 1882 (*Giur. ital.*, 1882, 726), y Trib. de Bolonia, 31 diciembre 1902 (*Foro Bologn.*, 1903, 22).

(2) En tal sentido, Laurent, VI, 398; cfr. Demolombe, X, 380.

(igual al art. 481 del Cód. civil italiano) (a), créese poder deducir semejante regla y prescindir de la segunda, que señala la pertenencia «en proporción a la duración del usufructo», porque la interpretación literal de ésta conduciría a un resultado contradictorio con el principio que, según una intuición certera, informa aquella disposición legal. Así sucedería si el criterio para hacer el reparto se tratara de buscar en la duración total del usufructo, y si, por ejemplo, se quisiera atribuír al usufructuario de una casa que la haya arrendado dos meses después de comenzar el usufructo, y que haya muerto después de otros seis meses, 8/12 partes del canon anual, porque ha durado el usufructo 8/12 partes del año. Pero con esta corrección se descuida señalar el significado que tiene el *devengo* de los frutos, y se prescinde de señalar el momento en que este decurso de los frutos comienza y termina. El derecho de exigir la merced surge en el momento mismo en que se contrata el arrendamiento; y sin embargo, desde este momento no se debe contar el correr de los frutos si el goce del arrendatario ha de comenzar con posterioridad.

Por otra parte, la relación que la ley establece entre la duración del usufructo y la parte de frutos correspondiente al usufructuario tiene un significado que conviene profundizar y que se presta a importantes deducciones. Fúndase en la consideración de que la cuantía de la renta cambia con el variar del tiempo en que una cosa es productora de renta, y es proporcional al tiempo en que la cosa conserva la misma *potencialidad de producir renta*, esto es, en que no varía la cantidad de utilidad que es susceptible de producir durante un tiempo determinado (1). Llamando *período fructífero* al espacio de tiempo en que la cosa procura utilidades que son susceptibles de repetirse en igual o distinta medida transcurrido aquel; período durante el cual, por tanto, se debe atribuír a la cosa la misma potencialidad de renta teniendo en cuenta la suma de las utilidades procuradas en tal espacio de tiempo, podrá con exactitud matemática completarse la fórmula del artículo 481 diciendo que *los frutos civiles de un período fructífero corresponden al usufructuario proporcionalmente a la duración del usufructo en dicho período.*

Dondequiera, pues, que al estipular prestaciones se atienda a procurarse un sustitutivo de renta, la producción del mismo comienza en el instante en que la prestación de la cosa coloca al deu-

---

(a) [Es también idéntico el art. 474 del Cód. esp.)

(1) Potencialidad de renta de un capital empleado al 5 % anual es: $\frac{5\ \%}{1\ \text{año}}$

dor en situación de obtener directamente un ingreso, y acaba en el instante en que desaparece esta posibilidad, y subsiste mientras no varía la correspondiente obligación o la contraprestación equivalente en que consiste la renta de sustitución. Por consiguiente, el período fructífero de un capital entregado a préstamo, o de una renta, será una *parte alícuota cualquiera* del lapso que media entre la *prestación* de la cantidad o de la cosa de que nace la obligación del mutuario o del deudor de la renta y la *devolución* o rescate con que cesa esta obligación, siempre que durante este espacio de tiempo subsistan inalterables las condiciones del mutuo o de la constitución de la renta. En vez de una parte alícuota de aquel espacio de tiempo, cabe siempre referirse a la unidad de medida del tiempo, al año; y hay que referirse a los diversos años cuando, como ocurre con las rentas perpetuas, la producción de la renta constante abarca un tiempo indefinido. Si varía la medida del equivalente, los períodos fructíferos deben cerrarse en el momento en que se realiza la alteración.

He aquí un ejemplo: mutuo de 100.000 liras al 6 por 100 durante quince años, y al 5 por 100 por otros quince; contrato celebrado el 1.° de febrero de 1890. Comienza el usufructo el 20 de octubre de 1902 y se extingue el 20 de febrero de 1908. Hasta el 1.° de febrero de 1905 debía pagar el mutuario 6.000 liras anuales; hay, pues, quince períodos en que el capital ha rentado 6.000 liras. El usufructo ha durado una parte de estos períodos, desde el 20 de octubre de 1902 hasta el 1.° de febrero de 1903, y además otros dos completos, desde el 1.° de febrero de 1903 al 1.° de febrero de 1905. Desde 1.° de febrero de 1905, las anualidades son de 5.000 liras de renta. De éstas el usufructo comprende tres por completo, desde el 1.° de febrero de 1905 al 1.° de febrero de 1908; y una parte del cuarto, desde el 1.° al 20 de febrero de 1908. Los frutos correspondientes al usufructuario son los completos de cinco períodos en que la duración del usufructo es igual a la de dichos períodos (por consiguiente dos anualidades completas de 6.000 liras y tres de 5.000), más una fracción de otras dos anualidades.

Esta fracción la da la relación entre el número de días que ha durado el usufructo y el de días también del período fructífero. La cuantía de la duración se mide por días, porque la ley sólo toma en consideración el día completo de goce o disfrute (de otra suerte no se devengarían los frutos día por día, sino hora por hora, o minuto por minuto). El día es un espacio de tiempo de veinticuatro horas, pero en la posible incertidumbre acerca de la hora o del minuto en

que se realizan los actos jurídicos, se prescinde de ello y se considera día el intervalo que media desde un acontecimiento que se realiza entre una media noche y otra y el que sigue entre ésta y la sucesiva. Por eso es de un día la duración del usufructo comenzado el día 1.° y extinguido el 2 de diciembre; de un año el que comienza el 1.° de diciembre y se extingue el 1.° de diciembre siguiente. Si el usufructuario muriese el 1.° de diciembre, no podrá decirse que le corresponda el fruto del 1.° de diciembre, sino *el del día que concluye en 1.° de diciembre* (1). Tomando el día por unidad de medida, si se eligen períodos anuales, la fracción tendrá un denominador de 365; y sólo de 366 si el período anual comprende un 29 de febrero (2). En el ejemplo anterior, el usufructo comenzado el 20 de octubre de 1902 ha durado ciento cuatro días del período 1.° febrero 1902-1.° febrero 1903 y corresponderán al usufructuario 104/365 de 6.000 liras; extinguido el 20 de febrero de 1908, ha durado diez y nueve días del período de 1.° febrero 1908-1.° febrero 1909, que comprende trescientos sesenta y seis, no trescientos sesenta y cinco días, y corresponderán al usufructuario 19/366 de 5.000 liras.

316. El momento en que deba cumplirse la obligación correlativa no importa para nada; bien se estipule el pago de los intereses en plazos anuales, semestrales o mensuales, en plazos anticipados o vencidos, iguales o distintos, como quiera que a causa de la relación con el mutuario ha de subsistir igual la potencia productiva del capital mientras permanezca inalterable el tipo de interés, se podrá, por tanto, hablar de producción de renta constante y procederá el reparto, según la regla señalada, cualquiera que sea la desigualdad de los intervalos y la distinta cuantía de las prestaciones que hayan podido convenir el usufructuario o el propietario.

Para determinar, en cambio, la adquisición de una cierta potencialidad productiva por parte de la cosa usufructuada, es de esencia fijar el momento en que se extingue la posibilidad de que sea utilizada como instrumento de otra renta. En el contrato de arrendamiento, si al estipularse no queda el arrendatario obligado para con el arrendador, sino únicamente desde el instante en que se le entregue el disfrute de la cosa arrendada, y mientras subsista este disfrute, habrá que considerar a la cosa misma como fuente de la renta constituída por la merced, y como período fructífero se toma-

(1) Está ambiguo sobre este punto, PROUDHON, n. 919.

(2) Cfr. SAVIGNY, § 193 del *Sist. del diritto romano*.

rá, por consiguiente, una parte del tiempo en que haya durado este disfrute, y no una parte del tiempo que haya durado la relación entre arrendador y arrendatario.

Una dificultad especial ofrece el caso en que arrendándose un fundo se otorgue su disfrute por etapas o en épocas sucesivas, y reservándose, por ejemplo, el arrendador, aun después de haber entrado el arrendatario en posesión en la primavera, la cosecha sembrada antes por aquél, se asegure en debida correspondencia al arrendatario el derecho a apropiarse, con posterioridad al momento de expirar el arrendamiento, la cosecha procedente de la siembra realizada por él antes de expirar su plazo de terminación. ¿Podrá reputarse la merced como fruto del período en que el arrendatario ha poseído el fundo, entre una y otra primavera, y, por consiguiente, se podrá deducir de ello que corresponde al usufructuario una parte proporcional a la duración del usufructo en este período? Semejante solución es completamente inaceptable, aun cuando la admita PROUDHON después de una discusión larguísima y pesadísima (1), sobre las restantes soluciones; sin que para ello importe señalar cómo puede resultar beneficiado un usufructuario que, comenzando su derecho poco antes o poco después del principio del arrendamiento, para terminar seis o siete meses después, vendría a hacer suya la cosecha anual entera de grano y recibiría además cerca de la mitad de la merced de otro año. Mayores eventualidades resultan en punto a la adquisición de los frutos naturales, ya que puede suceder que, con sólo ser usufructuario durante veinticuatro horas, se obtenga la cosecha de todo un año. De este azar queda libre la distribución de los frutos civiles y la proporción estatuída para la distribución de ellos no debe fundarse en factores arbitrarios.

En la solución dada es arbitraria la premisa de que la merced anual sea fruto del año en que el arrendatario sólo ha tenido un disfrute parcial. Muy cierto que la obligación del arrendatario no reconoce por causa la percepción efectiva de los frutos, sino la seguridad del derecho de disfrute; no menos cierto que nace cuando surge el derecho de goce; pero ha nacido la obligación con el derecho de disfrute, aun antes que se le haya concedido una parte cualquiera del goce; y la prestación que debía, y la prestación que realice también en este tiempo, no deben reputarse como frutos producidos entonces por la cosa, siquiera se puedan obtener también de

(1) Comprende 76 páginas del tomo II, desde la 927 a la 980.

ella otros, directa o indirectamente. Fruto del año lo es únicamente la parte de merced proporcional al disfrute del arrendatario en el año; la otra parte es renta que sustituye a aquello de que está privado el dueño, a virtud de la facultad concedida al arrendatario, después de expirar el arrendamiento.

Para expresar estas consideraciones en el lenguaje más abstracto, se dirá que el fundo arrendado adquiere la potencia de renta resultante de la merced anual, únicamente cuando el arrendatario haya logrado el goce completo. Antes de este instante, la capacidad o potencia reditual del fundo no la representa la merced anual dividida por el año, sino una parte de la merced que sea proporcional a la extensión del disfrute que se haya concedido al arrendatario, dividida por el año. Y en el usufructo que haya durado la mitad del año de posesión, corresponderá al usufructuario la mitad de aquella porción de la merced (1).

Del concepto de período fructífero que he tratado de definir, deduzco la solución de un problema, debatido ya extensamente en la antigua jurisprudencia, sobre el derecho al laudemio del usufructuario de una enfiteusis (2). La cuestión consistía en si el usufructuario había derecho o no a los laudemios (a), y parecía resuelta con aquella disposición de nuestro Código (art. 444) que entre los

(1) Este es el cuarto de los sistemas estudiados por PROUDHON, contra el que no cabe oponer, sustancialmente, nada más que las dificultades, innegables, pero inevitables, de la liquidación, y el manifiesto deseo expresado en la redacción del Código de eludir estas dificultades de la liquidación, abandonando para ello el principio que hacía depender el derecho del usufructuario a la merced de la circunstancia de que llegara el momento de la percepción de los frutos durante la existencia del usufructo. Pero esta dependencia no se restablece con el sistema que se propugna, en el cual el derecho del usufructuario se subordina siempre a que dure el usufructo al tiempo en que la percepción esté asegurada al arrendatario. Y no se olvida la finalidad de la ley—que no es la única ni la principal—si en este caso particular reaparecen dificultades de aplicación práctica, que, en general, quisieron evitarse.

(2) Cfr. MENOCHIUS, *de praesumptionibus*, II, p. 142, n. 22; FABER, *Cod. Fabr.*, IV, 43, def. 46, III, 33, def. 6.

(a) [Provee a ella, con respecto al usufructo de viudedad, el art. 72 del Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón, disponiendo que «cuando forme parte del caudal en que se ejercita la viudedad, el dominio directo de *treudos, tributaciones* o *tributos*, y esté pactada la prestación de laudemio, el tanto por ciento en que éste consista se estimará como fruto y se pagará al dicho poseedor de la viudedad».]

frutos civiles enumera no solamente el canon, sino los ingresos procedentes en general de la enfiteusis: por consiguiente, se considera fruto el laudemio, y corresponde al usufructuario; pero ¿en qué proporción? Reputarlo fruto del año en que se realiza la transmisión y distribuirlo proporcionalmente a la duración del usufructo en aquel año, es completamente arbitrario; porque en realidad el laudemio es un fruto de índole variable que se renueva a intervalos variables también, puesto que dependen del espacio entre dos transmisiones del dominio útil. El laudemio que hay que pagar hoy es una particular utilidad que en el lapso que media entre la anterior y la presente transmisión, a virtud de la relación enfitéutica, corresponde al señor del dominio directo. Por consiguiente, debe considerarse que para este espacio de tiempo el dominio directo agrega a la potencia reditual resultante del derecho al canon la potencia reditual asegurada previamente, pero que hoy con la transmisión viene a determinarse, y que resulta del derecho al laudemio; así, pues, como fruto que es de este período, se ha de asignar al usufructuario la cantidad que le corresponda proporcionalmente a la duración del usufructo entre una transmisión y otra.

317. El concepto económico de potencia reditual se aplica tanto a la producción de los frutos civiles como de los naturales (1). Un fundo posee la potencia reditual de 100 hectolitros de grano divididos por un año, si es que la cosecha del mismo asciende a tanto; divididos por dos años, si se siembra y recolecta un año a condición de dejar en barbecho la tierra al año siguiente; un cuartel o rodal de monte tiene la potencia reditual de 100 toneladas de madera divididas por seis años si aquella cantidad es el producto de la corta realizada seis años después de la anterior (2).

---

(1) Aun cuando los ejemplos de la teoría que expongo en este número los limito a la producción vegetal, el concepto de potencialidad reditual y de período fructífero se extiende, asimismo, a una universalidad de animales: el rebaño, los animales que constituyen la dotación de un fundo. Los frutos que se obtienen de animales aislados durante un cierto espacio de tiempo, no pueden considerarse *frutos de un período*, por consideraciones completamente análogas a las que se indicarán en el n. 319 (ps. 498 y ss.) respecto a una parte de los llamados frutos civiles irregulares. Igualmente son frutos sin período los obtenidos de una cantera o de una mina, cuando no se ha establecido previamente al disfrute un plan económico. V. *supra*, n. 285.

(2) En realidad el período fructífero se amplía o abrevia según la cosecha

Pero erraríamos si dedujésemos de estos ejemplos el principio general de que el período fructífero está representado por el intervalo entre una y otra cosecha de frutos de igual clase (1). En primer lugar, porque aun cuando las cosechas se suceden a intervalos iguales o variables sólo por influjo meteorológico, cuando de un modo regular alternan de un año para otro las cosechas siendo sucesivamente grandes o de menor importancia, la preordenada aptitud de los bienes para dar en un primer intervalo el mayor producto, está en necesaria correlación con la aptitud para dar uno menor en el segundo; y a su vez, este producto menor no es el fruto único obtenido en el segundo intervalo, sino que en parte corresponde a él también el mayor producto que se ha de obtener al final de la época siguiente o intervalo sucesivo.

En esta hipótesis es preciso sustituír al intervalo entre las cosechas de uno y otro año el intervalo entre las cosechas principales que se producen cada bienio o cada trienio y que varían grandemente cuando se trata de árboles frutales según su modalidad vegetal y el tipo de poda adoptado (2). Menos aún debe verse una po-

---

sea tardía o temprana. Si después de segar un año a fines del mes de junio, se recogen 100 hectolitros de grano a mitad de julio del año siguiente, puede decirse que el fundo posee una potencia reditual de 100 hectolitros divididos por 380 días; pero si se recogieron a mitad del siguiente junio otros 100 hectolitros, la potencia reditual se eleva a 100 hectolitros divididos por 350 días.

(1) Precisamente atendiendo a la duración de este intervalo, pero prescindiendo de las variantes que introducen las estaciones, y señalándolo según la práctica local, el Tribunal de la Nunciatura en Nápoles, según refiere el cardenal DE LUCA, *Teatr.*, *De pensionibus*, d. 24, graduaba el derecho de los pensionistas eclesiásticos a participar en la renta de los beneficios, y valoraba el transcurso del año desde el 1.° de septiembre para la cosecha de trigo, cebada y otros cereales; desde el 1.° de noviembre para el vino, y para el aceite y otros frutos de invierno, desde el 1.° de noviembre. Este cómputo, dice DE LUCA, no procede *particulari stylo, sed a juris dispositione ad medulla... Quamvis enim in nostro humano sensu, ac attento facto, fructus produci ac percipi dicantur quando illorum obtinemus utilitatem, eosque maturos colligimus, attamen ipsi produci dicuntur ab ipso instanti quo terra jam exonerata a fructu præterito concipere incipit fructum futurum, quem ita aliquo tempore in ventre retinet, deindeque exiguum parit, in dies crescentem, usquequo maturus fiat ut colligatur.*

(2) El olivo no florece más que en los brotes nuevos del año anterior; en la parte montuosa de Pisa hay cosecha cada dos años, pero la verdaderamente abundante no se da más que cada tres o cuatro años, porque allí se deja crecer libremente el árbol y se escamondan o limpian nada más que cada tres o cuatro

tencia reditual distinta en los diversos intervalos entre las cosechas, y por consiguiente un período fructífero en cada uno de estos intervalos, cuando no hay rotación de una cosecha abundante con otra (o varias) de carácter mediocre; o cuando, como en los árboles de floración continua, como en las aurancianas, por ejemplo, y en los prados, se suceden en intervalos diversos según las estaciones, cosechas que, tomadas en junto, representan la renta obtenida del fundo durante el año.

En segundo lugar, en el caso normal de un fundo que dé múltiples productos, no llegaríamos a señalar la total potencia reditual de que esté dotado en cualquier espacio de tiempo perteneciente a los diferentes intervalos entre cosechas de una y otra clase, sumando la potencia reditual que tiene en aquel espacio de tiempo con relación a los distintos productos obtenidos al terminar dichos intervalos. En realidad, con tal procedimiento, la potencialidad reditual de un fundo en julio de 1908, por ejemplo, o sea, en el intervalo entre la producción del maíz o la del cáñamo de 1907 y la de 1908, y en el intervalo entre la producción del grano de 1908 y la de 1909, se llegaría a calcular a base de la cosecha del cáñamo y del maíz de 1908 y de la del grano de 1909. Ahora bien; para conocer la medida de la potencialidad reditual efectiva total, no hay que tomar en cuenta los productos de los cultivos sucesivos, sino los productos de los cultivos simultáneos, en que la variación en más de unos puede compensar la alteración en menos de los otros.

De suerte que a los intervalos distintos entre una y otra cosecha de la misma clase de frutos, *hay que sustituír el espacio de tiempo en que el fundo rinde los productos que son susceptibles de repetirse después de transcurrido aquél, y que por eso tienen el carácter de renta;* entonces se llegará a señalar con exactitud la potencialidad reditual dividiendo la cantidad de aquellos productos por tal espacio de tiempo (1).

---

años. En Puerto Mauricio, cada diez años dan los olivos dos cosechas abundantes, tres medianas y cinco nulas. En Palmi sólo puede contarse con una cosecha mediana cada tres años y una abundante cada cuatro o cinco: CARUSO, *Monografia dell'olivo*, § 193, en la *Enciclopedia Agraria*.

(1) Aplicando esta fórmula, podrá decirse que en un fundo de cultivo mixto comienza el período fructífero con la cosecha del producto último, y acaba con la última del año posterior, sin que se alargue ni se acorte por lo tardío o prematuro de las cosechas de productos anteriores, sino por la que cierra el período. En la producción de árboles, montes u otras que se suceden a intervalos

Los conceptos así definidos de potencia reditual y de período fructífero, pueden ser aplicados también al reparto proporcional de los frutos naturales entre usufructuario y propietario, y, en general, entre los sucesores en el goce, abandonando el principio establecido por el artículo 480 (1). Así se llegaría, indudablemente, a resultados más equitativos de los que nos da el sistema del Derecho vigente, y desaparecerían las incongruencias que resultan de la concurrencia de dos criterios harto diferentes para los frutos naturales y para los civiles. Para aceptar el principio del reparto proporcional no estorba la incertidumbre y variabilidad del período fructífero; ni para rechazarlo es razón suficiente la de ahorrar una liquidación para cada transmisión del disfrute y el embrollo resultante de la intervención que podrían ejercitar los interesados en la liquidación. La duración y el arranque del período fructífero son hechos que están determinados por la naturaleza y el destino económico específico de la cosa; hechos que pueden comprobarse siempre, y no exigen dificultad mayor de la que presenta descubrir el momento en que ha sido recogida cada clase de fruto. Y en cuanto a los inconvenientes de la liquidación, estaría en las facultades de las partes

---

de varios años, o que se suceden alternativamente con menor o mayor importancia, hay que hacer una valoración aparte y llamar período fructífero al que media entre las recolecciones de la misma importancia.

(1) Según el Derecho provincial prusiano, el usufructuario y el propietario que le sucedía en el goce, eran copropietarios de los frutos dados por los bienes rústicos en el último año reditual, proporcionalmente a la duración de su goce respectivo en dicho año; de los demás bienes, al usufructuario correspondía el fruto del trimestre en que se extinguía este derecho, computándose el año a partir del 1.° de junio. Se regulaban minuciosamente las relaciones nacidas de la comunidad ordenada, tanto para la cesación del usufructo ordinario (I, 21, §§ 150 y ss.), como para la del usufructo material (II, 1, § 615), para la reversión del feudo (I, 18, § 10) y para la restitución del fideicomiso (II, 4, § 212). Y análogamente se regulaba una copropiedad de los frutos del año reditual (computado desde el 1.° de julio) en que se producía la reivindicación, entre el poseedor de buena fe y el reivindicante (v. n. 320).—Al elaborarse el Código alemán, fué discutida y rechazada la proposición de que sirviera de fundamento el período fructífero para la adquisición de los frutos *(Motive z. I Entwurfe*, tomo III, ps. 71 y ss.; *Protokolle*, t. III, *Prot.* 179). En el *Schema di codice civile per la repubblica di San Marino*, redactado por BRINI, art. CXLVI, está dispuesta la copropiedad de los productos entre el dueño de la cosa de que se separan y la persona que con simiente o labores ha contribuído a su producción, haciéndose el reparto proporcionalmente al valor de las respectivas aportaciones.

evitarlos disponiendo un modo distinto de garantía para sus derechos respectivos sobre los frutos, como se hace normalmente cuando la transmisión se realiza por actos *inter vivos*, estableciendo la época a contar de la cual puede el sucesor apropiarse los frutos sin obligación de restituír; y, desde luego, todos esos inconvenientes son mucho menores que el azar a que los interesados están expuestos con el sistema vigente. Aparte de que la base de tal liquidación no exigiría tampoco investigaciones laboriosas; se trataría de fijar la cuantía de la cosecha o cosechas que sucedieran al traspaso del disfrute; cosechas, nótese bien, que continuarían siendo de la libre propiedad del sucesor, quedando éste gravado únicamente con la obligación personal de restituír una parte proporcional de su valor. El acreedor con derecho a restitución podría pretender comprobar la cuantía de la cosecha recogida por el obligado, pero ello no implicaría una indiscreta ingerencia en la gestión del sucesor, sino a lo más una vigilancia en la época precisa de la recolección (1).

He dicho que la duración y el comienzo del período fructífero son resultados del destino específico de la cosa. Si cambia el destino, cambian aquéllos; como ocurre, por ejemplo, con la roturación de prados, la transformación de un valle en arrozal, una alteración del sistema de poda de los olivos; todo ello hará variar la duración del nuevo período, pero continuará coincidiendo su comienzo con el final de los períodos precedentes, porque de la recogida de las cosechas de que el fundo era susceptible, según el anterior destino, es de lo que proviene su capacidad para la nueva producción, más o menos intensa; y tendremos que el primero de los nuevos períodos es más largo o más corto que los que hayan de sucederle cuando quede realizada aquella sistematización que ha de dar al fundo aptitud para la nueva producción.

Aparte del cambio de destino, respecto a la economía individual cambian la duración y el comienzo del período fructífero cuando al goce directo sustituye el indirecto.

Si doy en arrendamiento el 1.° de marzo un fundo cuya cosecha vence entre septiembre y octubre, el período arrendaticio, que comienza en dicho 1.° de marzo, sustituirá al período de la fructificación natural, que iba de una a otra cosecha de otoño. Generalmente se modifica al propio tiempo la potencia reditual: desde marzo queda determinada por la merced anual dividida por el año, cuando antes de comenzar el arrendamiento, en febrero, estaba determi-

(1) PETRAZYCKI, *Fruchtvertheilung*, § 49.

nada por la cuantía de las cosechas esperadas desde la última otoñal, dividida por el intervalo entre ella y la última cosecha que se hubiera cogido en el otoño anterior. Si la merced es igual a la totalidad de las cosechas, y coincide exactamente con un año el intervalo que medió entre las últimas recogidas, el desplazamiento del período fructífero no altera la potencia reditual. Ahora bien; arrendando el fundo desde marzo, se renuncia a los frutos que podrían obtenerse hasta la última cosecha anual, por haber asegurado la merced hasta marzo siguiente, es decir, que se renuncia a convertir en renta efectiva la potencia reditual que posee el fundo desde noviembre de este año hasta febrero inmediato, para conseguir en cambio la cuota de merced que está con la merced del año entero en la relación misma en que se halla el intervalo entre 1.° de noviembre próximo y el 1.° de marzo del año venidero con el año completo. Es una ilusión, un error, considerar que, a consecuencia del arriendo y desplazamiento del período fructífero, se obtiene una potencia reditual doble o una potencia reditual aumentada al menos, durante el período comprendido desde el 1.° de noviembre al 1.° de marzo siguiente. Verdad es que en este espacio de tiempo el fundo *parece* susceptible de procurar simultáneamente al arrendador una doble renta: la representada por la merced y la constituída por aquella parte de frutos naturales que recogerá después de cesar el arrendamiento, y que corresponde a la parte del período de fructificación natural a que se extiende el arrendamiento. En realidad, es únicamente la segunda la renta que en este espacio de tiempo procura el fundo; la primera, la merced, se adquiere en equivalencia de la renuncia de frutos que en parte correspondían al período anterior, y por ello hay que referirla, en cuanto a aquella parte, al período precedente.

Supongamos que está regulado por preceptos uniformes el complexo de todos los frutos y para todos los casos de sucesión en el goce, y hagamos aplicación a una hipótesis que presente en forma esquemática todas las dificultades consiguientes a tales desplazamientos del período fructífero. Primo tiene el goce del fundo hasta 1.° de noviembre de 1906; Segundo, desde 1.° de noviembre de 1906 a 1.° de marzo de 1907; Tercero, adquiere el derecho de gozar desde 1.° de marzo, en el mismo día arrienda el fundo por un año y pierde el disfrute el 1.° de noviembre de 1907; Cuarto, sucede en el disfrute desde el 1.° de noviembre de 1907 al 1.° de marzo de 1908; Quinto, por último, le sucede el 1.° de marzo de 1908, el mismo día en que termina el arrendamiento. Primo ha recogido

todos los frutos que pertenecían al período en que ha disfrutado, y nada más; ni tiene que pedir ni tiene que restituír cosa alguna a Segundo. Segundo tiene derecho a una parte de los frutos que ha de dar la tierra, trabajada por él mismo o por su antecesor, después del descanso invernal; una parte proporcional a la duración de su goce en el período fructífero; podría exigir a Tercero la restitución de aquella parte, si la recogiese Tercero sucediéndole en el goce; como quiera que en uso de su derecho, Tercero ha sustituído el disfrute indirecto al directo, y renunciado a los frutos a causa de haberse asegurado la merced durante un espacio de tiempo que traspasa el período de la fructificación natural, será una parte proporcional de este canon la que Segundo pueda exigir y deba Tercero restituirle. Tercero, a su vez, no tiene derecho sino a una parte de la merced (cobrada o no durante el disfrute) proporcional a la duración del goce; pero esta parte le corresponde por entero, y no debe disminuirse con la restitución a que está obligado para con Segundo; representa el sustitutivo de aquel exceso que el fundo es susceptible de proporcionar al arrendador en forma de merced desde el 1.° de noviembre de 1907, por aquel plazo que comprende el arrendamiento del período fructífero, que, terminado el arriendo, dará al arrendador los frutos naturales. Por tanto, mientras está obligado a restituír a Segundo, tiene derecho a que aquel exceso le sea devuelto precisamente por Cuarto, que se encuentra disfrutando del fundo en el espacio de tiempo en que aparentemente se halle éste dotado de una doble potencia reditual. El disfrute de Cuarto no va más allá de este espacio de tiempo; no llega a la época de recoger los frutos naturales; pero en tanto que está obligado a restituír a Tercero (o a abandonársela, si éste la ha cobrado con anticipación) la porción de merced que corresponde precisamente al tiempo en que él, Cuarto, ha disfrutado de la finca, tiene derecho a exigir de Quinto la restitución de la parte de frutos naturales correspondiente a este período.

El principio de tal aplicación del reparto uniforme puede expresarse con una fórmula general: *Quien tiene el disfrute en el intervalo estéril que media entre los dos períodos fructíferos, tiene derecho a la restitución de una parte proporcional de lo que el sucesor en el disfrute se halla en situación de obtener de más a consecuencia de la formación de este intervalo.*

En el ejemplo esquemático expuesto, a Segundo le corresponde el disfrute en el intervalo libre, y no está en relación con Cuarto, que disfruta en el lapso en que aparentemente reditúa doble el fun-

do, ni de él recibe directamente la restitución, sino de Tercero, quien, a su vez, la exige de Cuarto. El resultado no varía porque el arrendamiento se alargue durante varios años, quedando Tercero investido del disfrute, o si un número cualquiera de Terceros viene a sucederse en el goce de los bienes después del espacio libre entre dos períodos fructíferos y antes del período de la renta doble. O se realizan tantas restituciones como Terceros haya, o el Tercero único, obligado a restituír en el momento en que comienza su disfrute, es compensado por Cuarto cuando éste efectúa en su favor la restitución al concluír dicho disfrute (1).

La ampliación a los frutos naturales del principio del reparto proporcional conduciría a tomar constantemente en consideración el período fructífero natural, y en tanto que el devengo de los frutos civiles quedaría arbitrariamente fijado por la relación jurídica que los origina, su pertenencia al que tuviere el disfrute de la cosa durante su producción iría unida a una obligación de restituír en favor de quien hubiera tenido el disfrute en el período en que advino la producción de aquellos frutos de los cuales fuese contraprestación o equivalente el abono de los frutos civiles.

Claro que esta obligación restitutora dependería de la relación con el antecesor en el disfrute, quien podría renunciar a ejercitarla; podría siempre comprobarse el percibo de una renta no proporcionada al tiempo en que se hubiese tenido el disfrute, pero sería a consecuencia de la renuncia efectuada por el derechohabiente a la restitución. Así desaparecería la incongruencia que produce el olvido del principio romano acerca de la atribución de la merced en razón de los frutos cosechados por el arrendatario, y la pertenencia de una renta a quien tiene el disfrute de un fundo arrendado en aquella época que, de no estarlo, no hubiera producido renta. Pero dicha desaparición iría acompañada de la causa que ha obligado a apartarse del principio romano, porque no podría ya fundarse la participación en la merced sobre la accidentalidad de haber tenido el disfrute en un determinado momento; en el momento en que el arrendatario cosecha, y, en cambio, se fundaría el cobro de la renta

(1) Cfr. en corroboración del sistema propuesto, ULP., § 2 *Solut. matr.*, XXIV, 3: *si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit et vir ex calendis Martiis eundem locaverit et calendibus Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit ex mercede quæ debebitur portionem retinebit.*

en haber conservado el disfrute de los bienes durante un determinado espacio de tiempo (1).

La admisión de aquel principio conduciría a otra consecuencia importantísima: al distinguir también en materia de frutos naturales la adquisición-apropiación de la adquisición-pertenencia, constantemente iría unida la obligación de reembolsar a quien hubiera sufragado los gastos de producción. No sería ya correlativo a la adquisición de los frutos con la mera separación un aumento patrimonial, sino que tal aumento estaría subordinado a la pertenencia de la cosa en el período productivo, y sería proporcional a la duración de dicho derecho de pertenencia, con lo cual la parte de los frutos asignada en razón de esta atribución o pertenencia representaría una *cantidad* y llegaría a ser posible, y sería jurídicamente necesario para que el aumento patrimonial no se tradujera en un enriquecimiento injusto, el ligarlo con la obligación de reembolsar los gastos. En la valoración del *quantum* de los frutos que en un cierto espacio de tiempo da la cosa, no puede prescindirse del capital y del trabajo empleados para conseguirlos; no puede referírsele sino a la renta líquida, y no se lograría asegurar el debido equilibrio en la posición jurídica de quienes se suceden en el disfrute más que comprendiendo en la liquidación de los frutos aquella liquidación de los gastos que, como hemos visto, en parte por razón de los principios admitidos para la adquisición, y en parte por consideraciones equivocadas, ha querido evitar el Código, prefiriendo impropiamente cortar más bien que desatar los nudos en que se mezclan los intereses enlazados con la actividad productora.

318. La necesidad de sustraer la distribución de los frutos naturales al azar de que la separación de ellos ocurra o no durante el

(1) Aun prescindiendo del hecho de la fructificación natural, el período económico tiene una duración y un devengo distintos del período en que una relación jurídica asegura la percepción de la renta. Así, por ejemplo, si una casa en una estación, colonia climática o en un balneario, se alquila sólo por los meses de la temporada, el usufructo que dura este tiempo determinado procura al usufructuario lo que en la economía privada se valora como renta del año entero; el titular de un usufructo que dure el resto del año, queda privado de participar en la renta. En realidad, la casa no posee potencia reditual distinta en los dos distintos períodos de tiempo; la renuncia a la renta constante que podría obtenerse del capital empleado en la casa dándole un distinto destino, es una condición para lograr, precisamente, la mayor renta que se consigue en los meses de la temporada.

disfrute, se ha impuesto en lo referente al derecho del marido sobre la dote y respecto al usufructo en los beneficios (a). Dispone el Código que, al disolverse el matrimonio, los frutos de la dote, tanto naturales como civiles, se dividan entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto proporcionalmente a lo que en el último año haya durado el matrimonio, computándose el año a partir del día que corresponde al del matrimonio (art. 1.416) (b). El fundamento que se asigna generalmente a este principio es el de que los frutos corresponden al marido en la proporción en que levanta las cargas del matrimonio. Ofrece duda el que apartándose del principio de que los frutos corresponden al que los percibe, se admitiera en el Derecho romano esa distribución de los frutos dotales para asegurar semejante correspondencia entre los frutos de la dote y las cargas del matrimonio (1). Y hay que dudar porque las cargas pesan sobre el marido desde el día del matrimonio, y según el principio romano, el período en que está admitido el reparto no se computa ni desde el día del matrimonio ni desde el día de la constitución de la dote, sino desde el día en que ésta se entrega al marido (2); pero sobre todo porque sólo en el último período del matrimonio está ordenado el reparto, y limitado a él no es suficiente para establecer una proporción entre los productos de la dote y las cargas levantadas por el marido.

La razón de que no se respetara el principio mantenido para el usufructo fué, probablemente, que el disfrute del marido no tenía,

---

(a) [En Derecho foral aragonés, en ciertos casos de extinción del usufructo de viudedad, se aplica el sistema de división a los «frutos aparentes en las heredades». V. art. 74, párr. 2.°, del Apéndice de 1925.]

(b) [Comp. el art. 1.380 del Cód. esp., cuya redacción ambigua ha suscitado la duda de si se habrán de aplicar a los frutos dotales las reglas del usufructo, como expresa al final, o habrán de prorratearse todos los frutos y rentas, como parece indicar al principio. Manresa, fundándose en que de otro modo no tendrían explicación las palabras «se prorratearán», cree que se impone el prorrateo para los frutos y para las rentas, conforme a las reglas establecidas *con relación a los frutos civiles* para el caso de cesar el usufructo. Por el contrario, S. Román y De Diego creen, acaso con más razón, que se trata de una mera falta de concordancia, y, por tanto, los frutos naturales e industriales pertenecerán al propietario, que lo es la mujer o sus herederos en la dote inestimada.]

(1) Si bien a esta correspondencia se alude en varios lugares de las fuentes: Ulp., 7 pr. *de jure dot.*, XXIII, 3.

(2) Ulp., 5, *sol. matr.*, XXIV, 3.

como ocurre en el usufructo, una fecha de extinción sometida al azar; con independencia uno de otro podían los cónyuges determinarla a su arbitrio mediante el divorcio, y la razón primitiva de aquel principio debió ser la de impedir que se valiesen de tal facultad los cónyuges, eligiendo el uno en daño del otro un momento favorable para lucrarse de los frutos (1).

El principio romano pasó intacto al Derecho común, cuando ya su función originaria había desaparecido por haberse sustraído al arbitrio de los cónyuges el poner término al disfrute del marido; y ha pasado también al Derecho vigente, con un cambio sólo: el de que se haga la cuenta desde el día de la celebración del matrimonio, en vez de hacer desde el día de la entrega de la dote el cómputo del período a que corresponde el reparto (2). Ha subsistido, por lo demás, la limitación del reparto al período último, precisamente al último año de matrimonio.

La interpretación que da de ello buena parte de la doctrina es de tal naturaleza que niega el nexo entre el principio mismo y aquella correlación de las cargas del matrimonio y los productos de la dote que se aduce como fundamento suyo; con ello se priva al referido principio de toda posibilidad de justificación racional.

Se parte de la premisa de que están sujetos al reparto los frutos naturales separados durante el año último, y los civiles que corresponden a aquel lapso de tiempo con arreglo a los principios del artículo 481. Deduciendo las consecuencias lógicas de tal premisa,

---

(1) PETRAZYCKI, *Fruchtvertheilung*, I, § 15.

(2) Con el fin de posibilitar la atribución de las rentas dotales, deduciendo de ellas los gastos hechos antes de la constitución de la dote. En ello hay, sustancialmente, una ampliación de los efectos de tal constitución, y se ha procurado al marido, para las cargas del matrimonio, un equivalente con que, al asumirlas, no había contado. El alcance de la innovación aparece con más claridad cuando el matrimonio no dura más que un año, y hay que hacer el reparto de las rentas de este único y necesariamente último año. Celébrase el matrimonio en 1.° de enero, se constituye la dote el 1.° de agosto, y se disuelve aquél el 1.° de septiembre. Conforme al sistema romano, tenía el marido derecho a 1/12 de los frutos dotales del año 1.° de agosto-1.° de agosto; según nuestro Derecho vigente, a 8/12 de los frutos del año 1.° enero-1.° enero. V. la nota 1 *in fine* de la p. 484 y la 1 de la p. 489. Algún escritor cree posible sostener en el régimen de Derecho vigente la aplicabilidad de la regla romana sobre cómputo del último año: BENOIT, *Tr. de la dot.*, II, p. 362. En contra se pronuncia, con razón, TOULLIER, XIV, 283.

TROPLONG (1) se atreve a asignar al marido una parte proporcional incluso de aquellos productos que, aun cuando se han separado durante el año, no se reproducen sino transcurridos muchos años, como sucede con la corta de los bosques. Sin embargo, no llega a otra consecuencia no menos inevitable: la de que si por lo tardío de una cosecha o lo prematuro de la siguiente, o por el concurso de una y otra circunstancia, se dan dos cosechas sucesivas del mismo producto anual en el año que comienza con el último aniversario del matrimonio, ambas entran a formar parte de la masa distribuíble (2). Contra ambas consecuencias protesta la mayor parte de los intérpretes de este grupo; pero cuando alegan que el principio no se aplica a los casos en que las variaciones meteorológicas han permitido en el transcurso de los doce meses dos cosechas (3), o que si los productos no se renuevan sino después de varios años, se cuenta como un año solo el tiempo necesario para obtenerlos, y el último año de matrimonio es un año que comprende varios (4), evidentemente traicionan la misma premisa de que arrancan (5). Cuando esta interpretación se aplica de una manera concorde y congruente (6), para llegar a una injusticia hiriente, es al concurrir fru-

---

(1) *C. de Mariage*, n. 3.675. Cfr. CUYACIO, *Observation.*, l. XIV, c. 22.

(2) Esto opinaba CUYACIO, lugar citado. En contra, PROUDHON, n. 2.716, BENOIT, *op. cit.*, p. 368, y TOULLIER, n. 298.

(3) Como TOULLIER, *loc. cit.*

(4) Como lo hacía ya GOTOFREDO, ad l. 7, § 7 *sol. matr.*; cfr. TOULLIER, número 315.

(5) Si, como dice BONFANTE, *La divisione dei frutti dotali* (*Riv. di sc. giur.*, XX, 338), para fijar la pertenencia de los frutos de un año no hay que acudir al criterio de la *producción*, sino al de la *percepción* (ps. 344-345), es necesario que el año, o el espacio cualquiera de tiempo en que haya de fijarse tal pertenencia, *se establezca de antemano*, esto es, antes y con independencia del hecho de la recolección. Cuando él reconoce (p. 351) que el año a que se refiere la ley no es el año astronómico, sino el económico, el intervalo entre dos cosechas sucesivas, lo que ocurre es que, sin preocuparse precisamente de sustituír el criterio de la percepción por el de la producción, llega, sin embargo, a señalar la atribución de los frutos fundándose en el período fructífero.

(6) Entre los escritores franceses y entre los nuestros: BORSARI, §§ 3.437-3.438; RICCI, VII, n. 59; E. BIANCHI, *C. de matrimonio*, nn. 348-350 (éste agregando el error de acumular a los frutos naturales la merced, no desde la fecha del arrendamiento, sino desde el aniversario del matrimonio); BONFANTE, *loc. cit.* Pero yerra BONFANTE al creer que el sistema seguido por él sea el de toda la doctrina francesa; v. los autores citados en la p. 485, n. 1, y téngase

tos naturales con civiles; pues se cree natural el que, sustituyéndose en el último año de matrimonio el disfrute directo por el indirecto, o viceversa, se acumulen con los frutos civiles, pertenecientes al año conforme al principio del artículo 481, los naturales separados en el mismo espacio de tiempo, y así se duplique la renta del año (1).

---

en cuenta que otros citados por él ni acometen ni resuelven la dificultad que aquí examinamos, como sucede con BOILEUX, III, 214; LAURENT, XXIII, 571 y ss.; GUILLOUARD, *C. de Mariage*, IV, 2.156 y HUC, ad a. 1.571.

(1) Ejemplo de TOULLIER: El matrimonio se celebra el 1.° de septiembre de 1815, y se constituye la dote sobre un fundo arrendado hasta 1.° de marzo de 1816 en 1.200 liras al año, pagaderas en dos plazos, el segundo de los cuales vence el 1.° de marzo; el matrimonio queda disuelto el 30 de junio de 1816. En el último y único año de matrimonio, TOULLIER incluye el segundo plazo del arrendamiento y todos los frutos pendientes al disolverse el matrimonio, que se recogen en el verano o en el otoño posterior, y suponiendo que tengan un valor de 1.800 liras, de la masa constituída por 600 + 1.800 atribuye al marido una parte proporcional a la duración del matrimonio en el año último, o sea, de 10/12, que equivalen a 2.000 liras. Si el arrendamiento hubiese durado, el marido obtendría 10/12 de 1.200 liras, o sean 1.000 liras. Si antes del matrimonio hubiera estado el fundo en administración directa, que eleva la renta de 1.200 a 1.800 liras, 10/12 de 1.800, o sea, 1.500.—Citando un ejemplo clásico (el ejemplo de la famosa cuestión papinianea, ULP., 7, § 1, *sol. matr.*, XXIV, 3): el matrimonio se celebra el 1.° de octubre, el marido vendimia y arrienda después el fundo el 1.° de noviembre; si el matrimonio se disuelve el 31 de enero, según aquella interpretación habría que estimar fruto del último año de vigencia de la dote, que es el comprendido entre el 1.° de octubre y el 1.° de octubre siguiente (y que aquí también es el único año dotal), la vendimia completa y 11/12 de la merced, y de esta masa asignar al marido, en proporción a la duración del matrimonio, que ha sido de 1/3, con arreglo a la fórmula $\frac{V + 11/12\ A}{3}$; y el marido, por cuatro meses de matrimonio, obtendría ¡¡poco menos del tercio de los frutos de dos períodos anuales!! BONFANTE, *loc. cit.*, no encuentra este resultado ni injusto ni ilógico, pues lo cree «consiguiente a un cambio de la economía, por efecto del cual el año viene a tener una cantidad mayor de frutos»; y cree también posible armonizarlo con el texto de PAPINIANO, que atribuyendo al marido la tercera parte de la vendimia, y el tercio de la cuarta parte de la merced, no impediría que percibiese *también* el tercio de la tercera parte restante de la merced perteneciente al año dotal... Esta interpretación origina otras consecuencias inadmisibles dada la sustitución por el año último de matrimonio del año último dotal como base del reparto. PETRAZYCKI (p. 236) presenta este ejemplo: Un matrimonio celebrado el 1.° de septiembre de 1891, en el que hay constitución de dote y entrega del fundo dotal en 1.° de octubre, después de recogida la cosecha; y en que se disuelve el matrimonio el 1.° de oc-

Otro grupo de intérpretes, en cambio, acepta como premisa la que se atribuye como fundamento del precepto, y propone que los frutos correspondan al marido en proporción al tiempo completo de duración del matrimonio, puesto que deben de servir para satisfacer los gastos que están a su cargo durante este tiempo. Llegan a ello contando tantos años de renta como años de matrimonio, sea cualquiera el momento de la percepción, y refiriéndose a lo que debe considerarse como renta del primer año para señalar lo que debe ser la renta del último (1). Fácil es demostrar que no puede llevarse a la práctica este sistema: supongamos un matrimonio celebrado en 30 de junio y que treinta o cuarenta años después, el 30 de abril de 1908, queda disuelto; habría que señalar si cuando se celebró se había o no recolectado y recogido la cosecha, porque en el primer caso los granos que se recogieran en 1908 corresponderían al último año de matrimonio (30 de junio de 1907-30 junio 1908), y en el segundo le corresponderían los recogidos en 1907. Pero sobre todo hay que combatir el criterio arbitrario de que, visto el destino que los ingresos pueden haber tenido en un espacio de tiempo, procede atribuirles el carácter de renta de esa etapa; aunque sea cual fuere la forma en que se atienda a los gastos del año, no es tal renta anual la que se ha obtenido de la cosa al principio del año si no representa el equivalente, anticipadamente recibido, de lo que durante el año o al fin del mismo, esté capacitado otro para obtener directamente de los bienes. El equitativo resultado del sistema expuesto va más allá de la letra y el espíritu del Código, que, sujetando al reparto proporcional únicamente la renta del año en que cesa el usufructo del marido, en un momento necesariamente incierto, deja subsistentes los principios generales para la sucesión en el disfrute que se verifica al comenzar el matrimonio, y que son distintos respecto a la adquisición de los frutos naturales y de los civiles; de aquí la doble posibilidad de que adquiera el marido, sin obligación de restituirlos, frutos naturales separados después del

---

tubre de 1892. De la única cosecha recogida durante el matrimonio, en septiembre de 1892, tendría derecho el marido sólo a 1/12, aun cuando haya durado trece meses el matrimonio, porque en el último año, que comenzó el 1.° de septiembre de 1892, sólo había durado un mes. V. n. 1 de la p. 489.

(1) MARCADÉ, ad a. 1571; PROUDHON, nn. 2.694 y ss.; DURANTON, XV, 438 y ss.; AUBRY y RAU, § 540, n. 43; COLMET DE SANTERRE (Cont. de DEMANTE), VI, 243; BAUDRY-LACANTINERIE, COURTOIS y SURVILLE, *C. de Mariage*, III, 1.642.

matrimonio, que vinieron fructificando en el fundo en un período anterior; y que agregue a los frutos naturales del período comprendido en el matrimonio, los frutos civiles obtenidos mediante la renuncia a los frutos naturales de un período precedente. Las partes quedan en libertad de estatuír lo que quieran en el acto constitutivo de la dote para privar al marido de este mayor beneficio.

Lo expuesto anteriormente debe haber servido para hacer comprender que si los frutos se atribuyen proporcionalmente a la duración del derecho sobre la cosa, esto sucede en tanto que sean considerados producto de ella en un determinado espacio de tiempo. Por ello, si la ley incluye en el reparto proporcional los frutos del año último de matrimonio, para llegar a su determinación en calidad y cantidad hay que referirse a los períodos fructíferos comprendidos en todo o en parte en el año último de matrimonio. La interpretación racional de la ley, que no señala cuáles sean los frutos partibles, se obtendrá formulando así el principio contenido en el artículo 1.416: *al marido corresponden los frutos dotales proporcionalmente a la duración del matrimonio en los períodos fructíferos comprendidos en todo o en parte en el año último.*

La aplicación de la regla así entendida se manifiesta evidentemente equitativa en el caso de que el matrimonio haya durado menos de un año (1). Si el fundo está arrendado, hay que atender al tiempo de duración del matrimonio respecto a los períodos en que se producen los frutos de que la merced es un equivalente; corresponderá al marido la merced en razón de lo devengado durante el matrimonio, lapso cuyo comienzo lo señala arbitrariamente el vínculo arrendaticio; pero si esta porción de la merced supera a la cuota que le correspondería en los frutos del período comprendido en el año del matrimonio, tendrá que restituír el exceso, no a quien haya tenido el disfrute antes de la constitución de la dote, sino a la esposa o a sus herederos, como causahabientes de ésta, porque con

(1) Se celebra el matrimonio en 1.° de agosto y se disuelve en 31 de mayo. Comprende la dote un fundo de cultivo mixto, cuyas últimas cosechas se recogen en septiembre; un olivar, que rinde bienalmente el máximum de cosecha en enero siguiente a la celebración del matrimonio, y un cuartel de monte tallar, cortable cada seis años, y en el que se habrá de hacer corta tres años después de la celebración. Corresponden al marido 2/12 de la cosecha del primer año; 8/12 de la del segundo; 6/24 del producto obtenido del olivar durante el matrimonio; 4/24 del siguiente, y 10/72 de la corta.

quienes está obligado al reparto proporcional es exclusivamente con la mujer y sus herederos (1).

En el caso del matrimonio de duración superior a un año subsisten desigualdades; pero son desigualdades necesarias en una interpretación que no quiera sustituirse al texto legal, ni pretenda re-

(1) Así tendremos en el ejemplo citado en la nota 1 de la p. 484: matrimonio desde 1.° de septiembre al 30 de junio, y fundo arrendado hasta el 1.° de marzo; en el supuesto de que el año de renta se cierre el 1.° de noviembre, de la merced corresponden al marido 6/12 (1.° septiembre-1.° marzo); pero deberá restituír a la mujer 4/12, porque la merced compensa los frutos recogidos en el período terminado en 1.° de noviembre, y a más le corresponderán 8/12 de la cosecha siguiente. En el caso de PAPINIANO, como el arrendamiento sigue inmediatamente a la expiración del período fructífero natural, el marido tiene derecho a 1/12 de la vendimia y a 3/12 de la merced. Si el fundo permanece en arriendo todo el tiempo de duración del matrimonio, a pesar del arbitrario comienzo del devengo de la merced, el marido la adquiere por completo, sin obligación de restituír, compensándose lo que recibe de más (por el disfrute reservado al arrendatario después del primer período fructífero) con lo que recibe de menos por el segundo período. Si en el ejemplo de antes el arrendamiento es renovado antes del 1.° de marzo, corresponden 10/12 de la merced al marido por diez meses de matrimonio; recibe 4/12 de más de la merced por el primer año de arrendamiento, que se extiende a cuatro meses después de recogida la cosecha, y 4/12 de menos de la merced por el segundo, que corresponde a los frutos producidos en el segundo período, para el que ha durado ocho meses su derecho. Es posible esta compensación porque la obligación de restituír le incumbe, no con respecto al antecesor en el disfrute, sino en punto al sucesor exclusivamente, que por la mayor renta obtenida al prorrogarse el arrendamiento después de la cosecha, quedaría obligado a restitución frente a él. Rigurosamente, cuando variara la merced no habría lugar a compensación. Limitándose el reparto proporcional a los frutos del año único, o del último año, cuando durante él se sustituya el goce directo por el indirecto, o viceversa, y ocurra el consiguiente desplazamiento del período fructífero, no es necesario acudir al comienzo o al término efectivo del período de producción, y se obtiene una solución más sencilla *suponiendo* coincidentes con el comienzo o el fin de la relación arrendaticia, el final o el comienzo del período de producción natural que le precede o sigue, pero asignando siempre a éste la duración que *realmente* tenga. Así, pues, en el ejemplo del matrimonio celebrado el 1.° de septiembre y disuelto el 30 de junio, pueden considerarse frutos sujetos al reparto 6/12 de la merced para el arrendamiento terminado el 1.° de marzo, y 4/12 de los frutos del período de producción realmente iniciado durante el arrendamiento, pero que se supone comenzado cuando él cesa para durar cuanto dura efectivamente, es decir, doce meses. Es probable que en el Derecho romano, para fijar la masa divisible de frutos, tanto a base del año de matrimonio como del período fruc-

flejar en el régimen de la sucesión en el goce, que es consecuencia de la constitución de la dote, la proporcionalidad del reparto que la ley únicamente establece para la sucesión que subsigue a la disolución del matrimonio; por último, que no trate de fijar, al amparo del principio del artículo 1.416, una perfecta correlación entre las cargas del matrimonio y los productos de la dote, constante matrimonio. Dejando al amparo del principio establecido en los artículos 480 y 481 la sucesión en el disfrute que nace con la constitución de la dote, renuncia el constituyente a toda restitución por parte del marido, bien sea de los frutos naturales que recolecte, y que en todo o en parte correspondan a períodos anteriores a la constitución, bien a los frutos civiles obtenidos en equivalencia de los frutos naturales de tales períodos. Por eso la fórmula expresada en el principio del artículo 1.416 exige esta adición: *los frutos naturales de la dote que no pertenezcan a los períodos fructíferos comprendidos en el año último, y los civiles devengados con anterioridad al último año, se adquieren sin la obligación de restituír que respecto*

---

tífero, se les ocurriese la idea de buscar el promedio de los productos de los diversos períodos comprendidos en el año. A esta investigación del promedio se refiere PAPINIANO cuando habla de una confusión de productos de la vendimia y del arrendamiento para constituír la masa *ex qua* se ha de fijar la cuota del marido. El producto medio del año dotal, calculando sólo la cuantía de los dos productos, sería $\frac{V + A}{2}$. Calculando la diversa porción de productos referentes al año por la diversa duración que tienen los períodos fructíferos del mismo, en el caso de PAPINIANO serían $\frac{V + 11\,A}{12}$. La cuota del marido, en un matrimonio que hubiera durado cuatro meses, sería, con arreglo a dicho producto medio, la consignada en la fórmula $\frac{V + 11\,A}{36}$. Parece que PAPINIANO ha querido, en cambio, calcular el promedio teniendo en cuenta la vendimia completa realizada por el marido y la parte de merced correspondiente al tiempo que ha durado el matrimonio estando vigente el arriendo. De esta suma $V + \frac{A}{4}$, que representa el producto de quince meses, puede obtenerse el promedio de un año multiplicándola por 12 y dividiéndola por 15; así tendremos como promedio del año dotal $\frac{4\,V + A}{5}$, y como porción del marido $\frac{4\,V + A}{15}$. Tal es la interpretación que propone SCHRADER; sobre ésta, y las muchísimas otras expuestas, cfr. GLÜCK, XXVII, §§ 1.276 d-k; PETRAZYCKI, *op. cit.*, I, §§ 7-14; LOTMAR, *d. Vertheilung d. Dosfrüchte* en los *Jahrb. f. Dogm.*, XXXIII, 225 y siguientes, y PROUDHON, nn. 2.716-2.728.

a los primeros procediera por el momento de su separación (1).

Por consiguiente, es muy posible que el marido se adueñe de los frutos pendientes en el instante de celebrarse el matrimonio, y de aquellos que recogidos al final del primer período, representen su renta, para participar en proporción a la duración del matrimonio en un segundo momento también en la renta de éste; posible es igualmente que venciendo, constante matrimonio, el arrendamiento vigente en el momento de la celebración en medio de un período fructífero, llegue a beneficiarse de una doble renta en alguno de los años del matrimonio: la que procura la merced y la que se obtiene directamente del fundo, sin tener que restituír la parte de merced referente a un período prematrimonial (2); posible es asimismo que el marido contrate el arrendamiento que altera el período fructífero originando un intervalo sin renta, del cual no puede obtener compensación mediante la doble renta del último año (3). En

(1) Así quedan también eliminadas las consecuencias injustas que en el sistema de TOULLIER lleva consigo la sustitución del último año dotal por el último año de matrimonio como base del reparto. En el ejemplo de PETRAZYCKI (p. 484, n. 1 *i. f.*), el marido, además de percibir la cosecha que él hubiera recolectado, y que corresponda al primer año, tendrá derecho a una parte alícuota de la que se recoja al terminar el año siguiente.

(2) Veámoslo en el ejemplo de PROUDHON, nn. 2.733-2.734: fundo arrendado por nueve años el 1.° de marzo de 1812; celebración del matrimonio el 1.° de septiembre de 1815; disolución en 1.° de enero de 1824. El marido, en 1820-1821, y durante algunos meses, ha percibido una doble renta; pero esto no es razón que haya de tomarse en cuenta para limitar su derecho al reparto proporcional de la renta de los períodos comprendidos por el año último. Suponiendo que la recolección se haya hecho en octubre, será suyo por completo el de 1823, y también 2/12 del de 1824. En cambio, según PROUDHON, la merced cobrada desde la celebración hasta el vencimiento del arriendo cubrirá los gastos del matrimonio en esta época; la cosecha posterior de 1.° de marzo de 1821 a 1.° de marzo de 1822 cubrirá los gastos comprendidos entre uno y otro 1.° de marzo; el último año, al que se aplicará el reparto proporcional, no se computará desde la celebración del matrimonio, sino desde el vencimiento del arrendamiento, y será el año comprendido desde 1.° de marzo de 1823 a 1.° de marzo de 1824; debiendo el marido restituír a los herederos de la mujer 2/12 partes de la cosecha de este intervalo percibida íntegramente por aquél antes de la disolución.

(3) Matrimonio celebrado el 1.° de diciembre de 1900; arrendamiento estipulado hasta 1.° de marzo de 1902, y matrimonio disuelto el 30 de junio de 1902. El marido retiene la parte de merced correspondiente al período transcurrido desde el arriendo hasta 1.° de diciembre de 1901; el último año de ma-

cambio, si del período fructífero comprendido en el último año corresponde una parte a años anteriores, el marido tiene derecho a los frutos proporcionalmente a la duración entera del matrimonio en ese período, no a la duración del matrimonio en la parte de aquél comprendida en el último año (1). No es compatible la letra del artículo 1.416 con esta solución (2), porque si en él se habla de un reparto proporcional a la duración del matrimonio en el último año, no con ello quiere crearse una igualdad entre dos relaciones: la relación entre la duración del matrimonio y el año, y la relación entre la masa de frutos repartibles y la cuota del marido; sino que se quiere afirmar únicamente que con el aumento de la duración del matrimonio dentro del año, aumenta asimismo la cuota del marido.

El artículo 1.571 del Código francés dispone que únicamente los frutos de los inmuebles dotales se repartan proporcionalmente. Nuestro Código, a semejanza del Parmense (art. 1.377) y del Albertino (art. 1.563), ha dado un carácter más general al precepto; pero, con manifiesta inoportunidad, al propio tiempo que la dote consistente en inmuebles, ha mencionado la dote consistente en metálico. En este caso, como en los demás en que los bienes constitutivos de la dote pasan a propiedad del marido, no hay sucesión en el disfrute, y no puede darse ni verdadero reparto, ni restitución de los frutos. La mujer o sus herederos, como acreedores, pueden exigir la prestación de intereses desde el día de la disolución del matrimo-

---

trimonio, 1.° de diciembre de 1901-1.° de diciembre de 1902, comprende parte de los períodos fructíferos 1.° de noviembre de 1901-1.° de noviembre de 1902, y 1.° de noviembre de 1902-1.° de noviembre de 1903; el matrimonio dura 7/12 del primero y nada del segundo. Por ello el marido no podrá pretender 7/12 partes de la cosecha de 1902, reteniendo 3/12 partes de la merced por él devengada desde 1.° de diciembre de 1901-1.° de diciembre de 1902, sino que se deberá limitar a exigir 4/12 partes de ella si retiene la porción percibida de la merced.

(1) Matrimonio celebrado el 1.° de enero de 1900, y disuelto el 30 de junio de 1902. En el último año, 1.° de enero de 1902-1.° de enero de 1903, supongamos comprendida parte del período 1.° de noviembre de 1901-1.° de noviembre de 1902 y del de 1.° de nomiembre 1902-1.° de noviembre de 1903; el matrimonio ha durado 8/12 partes del primero, nada del segundo; corresponden al marido 8/12 partes de la cosecha. Si los frutos están representados por una corta de las que se hacen cada seis años, corta realizada en 1899 y renovada en 1905, el matrimonio tendrá una duración de 30/72 partes del período fructífero, en parte comprendido en el último año.

(2) Que para todos los casos de período fructífero superior a un año coincide con la de la doctrina casi unánime.

nio por la cantidad que deba restituír el marido (a); cosa completamente independiente del percibo de una renta por parte de él o de sus herederos, con motivo de las inversiones que haya hecho de las cosas que pasaron a su propiedad.

También a ejemplo de los Códigos Parmense y Albertino (1), menciona el artículo 1.416 el caso de la dote consistente en un derecho de usufructo; hipótesis a la que no se puede aplicar íntegramente el principio del reparto proporcional a la duración del matrimonio en el último año. Lo mismo el marido, que en el ejercicio del usufructo sobre que se ha constituído la dote se haya apropiado durante el matrimonio los frutos naturales separados, que los herederos de él, deberán restituír una parte proporcional al período o períodos fructíferos que transcurran después de disuelto el matrimonio; pero el marido, si la separación de los frutos adviene después de la disolución, no puede pretender que se le preste una parte correspondiente a los períodos fructíferos transcurridos antes de la disolución, cuando se haya extinguido el usufructo por la muerte de la mujer; la renta del derecho de usufructo y sus períodos no coincide con la renta de la cosa usufructuada y los suyos. El derecho a la restitución corresponderá únicamente a los herederos del marido cuando la disolución del matrimonio no haya implicado la extinción del usufructo.

Muy interesante sería investigar cómo ha afrontado el Derecho canónico un problema semejante, o sea el de la proporción en que se atribuyen a los beneficiados los frutos del beneficio que representan la compensación concedida por el desempeño del cargo. La incertidumbre en que lo deja se refleja en la desemejanza de los regímenes vigentes en los antiguos Estados italianos. En Toscana se aplicaban las normas del Derecho común sobre el usufructo. En el Piamonte y en el Lombardo-Véneto estaba dispuesto, en cambio, el reparto proporcional, tanto de los frutos civiles como naturales. En el Lombardo-Véneto, con la precisa disposición de que todas las rentas procuradas por los fundos arrendados, en aparcería, o en administración directa, o de los que todavía procedieran de diezmos o derechos a prestaciones anuales en especie se evaluasen como si empezaran a correr *desde el comienzo del año económico*, fuese cual fuera la época de la recolección, esto es, el 29 de septiembre o el 11 de

(a) [V. art. 1.371 del Cód. esp.]

(1) Los motivos de esta doble modificación no pueden averiguarse examinando los trabajos preparatorios del Cód. Albertino, ni los del nuestro.

noviembre, según las distintas costumbres locales; y para las rentas derivadas de mutuos, censos y también de los diezmos señalados en convenios especiales, habría que estar al devengo señalado en el título o en su defecto a contar desde el día de la fecha del mismo (1).

El reparto, por consiguiente, se hacía entre los herederos del beneficiado y la Administración de los beneficios vacantes, o entre la Administración y el nuevo titular, en razón a la duración de la investidura en el período de fructificación natural, que se consideraba uniforme según las costumbres locales, y a la duración en este período se refería también la imputación de los frutos civiles derivados del arrendamiento, mientras que en los otros casos, en que el derecho a los frutos se derivara de una relación jurídica, había que atender al período fijado en dicha relación. En Nápoles, conforme a una resolución ministerial de 12 de julio de 1828, se consideraban adquiridos los frutos naturales según el momento de percibirlos; los civiles estaban sujetos al reparto proporcional según la duración de la investidura en el *año reditual*. Para simplificar respecto a éstos el reparto, se dictó un Rescripto el 29 de agosto de 1830, promulgado el 11 de septiembre siguiente, donde se dispuso que en vez de referirse al año reditual, variable según los contratos y los usos locales, se tomase como base el año natural, que comprende del 1.° de enero al 31 de diciembre, y por consiguiente, se imputaran al año todos los frutos civiles que en el mismo vencían, fuera cual fuese el comienzo de su decurso, y repartirlos en razón del lapso de duración de la investidura en el año (2). A base de la duración en el año natural ordenaba la Instrucción a los subadministradores, dictada en 9 de marzo de 1861 por el Ministro Cassinis, el reparto tanto de los frutos naturales como de los civiles; cómo entendía la Administración de Turín la pertenencia de los frutos del año, resulta de un proyecto de Reglamento que consideraba «vencidos los frutos civiles a tenor de los respectivos títulos de procedencia; los naturales, en el año en que se recogían; atribuyéndose estos últi-

(1) V. en los *Regolamenti per l'amministrazione e tutela dei benefici ecclesiastici raccolti da* GIOVANELLI y CALVAUNA, el *Regol.* de 14 de abril de 1828 y las *Istruzioni* de 1833, §§ 3 y 7.

(2) V. acerca de esto CONFORTI, *L'usufrutto beneficiario e gli aggiusti di rata* (Nápoles, 1906), que cita TORELLI, *La Chiave del concordato*, t. II, p. II, pág. 357; ANSALONE, *I ratizzi beneficiari* en la *Giurispr. ital.*, y FARACE, *Ripartizione dei frutti del beneficio nelle annate di promiscuo godimento* en las *Atti della Commissione per le riforme negli economati* (Roma, 1907).

mos en partes iguales a los varios años si es que se recogen cada dos o más años».

El Reglamento de 2 de marzo de 1899, que regula uniformemente el ejercicio del derecho de regalía acogió el principio del tratamiento igual para frutos naturales y civiles (1). Pero no lo formuló de manera que desaparecieran todas las dudas, y en realidad, si entre las rentas *vencidas* desde 1.° de enero al 31 de diciembre hay que comprender los frutos naturales separados en este espacio de tiempo, sin tomar en consideración el período en que se producen, no carece de pretexto la opinión de que también para los frutos civiles debería atenderse únicamente a la circunstancia de su vencimiento en el año, prescindiendo del comienzo de la relación jurídica que los origina (2). El Tribunal de Apelación de Nápoles lo interpreta contrariamente acogiendo la tesis de que debe entenderse devengada en el año la parte de frutos civiles correspondiente a la duración del vínculo jurídico en dicho año, y en la proyectada reforma del Reglamento de los Economatos, se ha hecho una modificación que ratifica estas interpretaciones (3).

---

(1) El Reglamento aprobado por Real decreto tiene fuerza de ley, porque a tenor del art. 18 del Estatuto, el rey ejerce los derechos correspondientes a la potestad civil en materia de beneficios. El art. 93 dice: «Las rentas de los beneficios se entenderán adquiridas día por día, sin distinción entre los frutos naturales y civiles. Por consiguiente, en los años de disfrute mixto entre el titular cesante, o sus herederos, la Administración y el nuevo titular, se repartirán del modo siguiente: Se formará una masa única con todas las rentas vencidas desde el 1.° de enero al 31 de diciembre, y lo mismo se hará con los gastos; el producto neto se dividirá por días entre los diversos interesados, en proporción al tiempo de disfrute correspondiente a cada uno. Los gastos de recaudación y de administración se fijarán en la medida única del 7 %. Si hay olivos u otra clase de producción bienal, se sumarán los años de buena cosecha con los estériles, y de igual suerte se procederá respecto a los montes tallares y los bosques cuyas cortas no se ejecuten todos los años en igual proporción.»

(2) ANSALONE, en la nota citada, entiende por devengo o «madurez» de los frutos civiles el instante del vencimiento de los frutos debidos durante un año; si el pago de la merced se ha estipulado bienal o trienalmente, cada año se devenga una parte alícuota de la merced en el día que corresponde al del vencimiento.

(3) La modificación que propugna FARACE en la Relación citada, se reduce a una adición al párrafo primero, formulada así: «De todas las rentas devengadas y *adquiridas* desde el 1.° de enero al 31 de diciembre, *y cualquiera que sea su vencimiento*, se hará una sola masa, y lo mismo con los gastos, etc.» Según este sistema, el reparto resulta análogo al que expone TOULLIER para distribuir los frutos del último año de matrimonio.

319. Volviendo a los principios generales del Derecho vigente acerca de la sucesión en el disfrute, nos queda por examinar cómo está regulada la adquisición y la pertenencia de los frutos civiles no comprendidos en la enumeración del artículo 444. Esa enumeración se hace por vía de ejemplo, y la conjunción «como» nos indica la posibilidad de ampliar el concepto que tiene la ley de los frutos civiles a otras clases distintas de las enumeradas; pero ya hemos visto que el carácter común de las prestaciones a que da la ley el nombre de frutos civiles, es que procuran una renta sustitutiva de la que produce directamente la cosa, o en general, de la utilidad que pudiera procurar el uso de la cosa; por tanto estará justificada la ampliación siempre que se dé este carácter. En la más amplia categoría de los frutos que se obtienen de una cosa o de un derecho a virtud de un vínculo jurídico, constituyen un grupo bien definido los frutos civiles de que se ocupa la Ley; y a los frutos que no constituyen una renta sustitutiva, no les son aplicables directamente los principios que fijan su atribución. Sólo atendiendo a cada caso particular puede resolverse si le son o no y en qué medida aplicables aquellos principios (1).

Un primer caso es el de dividendo de Acciones de sociedades, a los cuales no cabe duda que puede aplicárseles la regla analógicamente (a). Las utilidades que procura la participación en una sociedad no son principalmente un sustitutivo de las que pueden obtenerse invirtiendo el importe de la aportación en otra cosa: son un

(1) Con la misma superficialidad, y sin dar otras razones, resuelve PROUDHON, n. 911, que los frutos civiles *irregulares*, como los beneficios de una tienda, se sustraen por su naturaleza a la regla del reparto proporcional, y LAURENT, VI, 400, reconociendo que hay una laguna en la ley, afirma que, no siendo frutos naturales, deben ser tratados como los demás frutos civiles.

(a) [V. el art. 475, § 2.° del Cód. esp. Ha declarado, a propósito de él, el T. S. que, previniendo dicha disposición que si el usufructo consistiese en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, tendrán aquéllos la consideración de frutos civiles; es lógico que, *a contrario sensu*, si el reparto tiene vencimiento fijo, no pueden reputarse dichos beneficios como frutos civiles, sino industriales y, por ende, con sujeción al art. 472, los pendientes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los de su terminación al propietario.

En contra de esta doctrina, que nos parece equivocada, puede verse nuestra nota en la *Revista de Derecho Privado*, t. XII, p. 389, y la del Sr. MARTÍNEZ DE LA FUENTE en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 148, p. 82.]

319. Volviendo a los principios generales del Derecho vigente acerca de la sucesión en el disfrute, nos queda por examinar cómo está regulada la adquisición y la pertenencia de los frutos civiles no comprendidos en la enumeración del artículo 444. Esa enumeración se hace por vía de ejemplo, y la conjunción «como» nos indica la posibilidad de ampliar el concepto que tiene la ley de los frutos civiles a otras clases distintas de las enumeradas; pero ya hemos visto que el carácter común de las prestaciones a que da la ley el nombre de frutos civiles, es que procuran una renta sustitutiva de la que produce directamente la cosa, o en general, de la utilidad que pudiera procurar el uso de la cosa; por tanto estará justificada la ampliación siempre que se dé este carácter. En la más amplia categoría de los frutos que se obtienen de una cosa o de un derecho a virtud de un vínculo jurídico, constituyen un grupo bien definido los frutos civiles de que se ocupa la Ley; y a los frutos que no constituyen una renta sustitutiva, no les son aplicables directamente los principios que fijan su atribución. Sólo atendiendo a cada caso particular puede resolverse si le son o no y en qué medida aplicables aquellos principios (1).

Un primer caso es el de dividendo de Acciones de sociedades, a los cuales no cabe duda que puede aplicárseles la regla analógicamente (a). Las utilidades que procura la participación en una sociedad no son principalmente un sustitutivo de las que pueden obtenerse invirtiendo el importe de la aportación en otra cosa: son un

(1) Con la misma superficialidad, y sin dar otras razones, resuelve PROUDHON, n. 911, que los frutos civiles *irregulares*, como los beneficios de una tienda, se sustraen por su naturaleza a la regla del reparto proporcional, y LAURENT, VI, 400, reconociendo que hay una laguna en la ley, afirma que, no siendo frutos naturales, deben ser tratados como los demás frutos civiles.

(a) [V. el art. 475, § 2.° del Cód. esp. Ha declarado, a propósito de él, el T. S. que, previniendo dicha disposición que si el usufructo consistiese en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, tendrán aquéllos la consideración de frutos civiles; es lógico que, *a contrario sensu*, si el reparto tiene vencimiento fijo, no pueden reputarse dichos beneficios como frutos civiles, sino industriales y, por ende, con sujeción al art. 472, los pendientes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los de su terminación al propietario.

En contra de esta doctrina, que nos parece equivocada, puede verse nuestra nota en la *Revista de Derecho Privado*, t. XII, p. 389, y la del Sr. MARTÍNEZ DE LA FUENTE en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 148, p. 82.]

fruto de aquel derecho de participación en las ganancias que en el momento de comenzar el usufructo hace suyo el usufructuario, bajo la condición sabida de que durante el usufructo venza el pago de las mismas. Y como en el contrato se fija el reparto entre los socios de los beneficios que se obtengan en un período determinado de la gestión social, debe entenderse que el derecho de participación está dotado de una potencia reditual variable de un período a otro, y reconocer que el titular del usufructo de un derecho de participación tiene derecho a una cuota de dividendo proporcional a la duración del usufructo en cada período. Por carecer el dividendo del carácter de renta sustitutoria, se deriva esta importante consecuencia: que el período fructífero comienza independientemente de la aportación y coincide con el comienzo de la gestión social. La grave cuestión acerca del derecho del usufructuario a las reservas sociales, no es una cuestión de cantidad de frutos que puedan corresponderle, sino de que aquéllas revistan la cualidad de tales frutos, y esto ya lo hemos estudiado más atrás (1).

Muy distinta es la posición del usufructuario de un establecimiento mercantil con respecto a los beneficios del mismo. Se explica que PROUDHON, tomando en cuenta formas rudimentarias de establecimientos industriales, llegara a la conclusión de que los beneficios *quedan excluídos del reparto proporcional* entre usufructuario y propietario. Pensó, sin duda, en el molinero que cobra la maquila, en el aserrador que cobra la conversión de un tronco en tablas, y ha inducido de ello que el intervalo entre una y otra percepción de beneficios no puede calcularse como período fructífero; no puede decirse que el establecimiento mercantil o industrial tenga la potencia reditual de 100 en dos meses, porque, después de lo recaudado hasta fin de abril, se hayan recaudado 100 entre mayo y junio. Si hubiera de atribuirse el carácter de frutos a esta recaudación, o a los beneficios de cada operación en particular, es evidente que no serían beneficios de un período; como el premio obtenido por un caballo en unas carreras no es el beneficio de un período iniciado en su anterior participación en otras carreras en que obtuviera o no premio. Para hablar de la cantidad de potencial reditual que tenga una cosa, no basta, por tanto, que se haya obtenido un beneficio determinado de ella en un cierto espacio de tiempo; porque es necesario fijar de antemano su capacidad o aptitud para obtenerlo en este espacio de tiempo; y una medida de la potencia reditual, por

(1) V. *supra*, ps. 404 y ss.

tanto, sólo puede referirse al espacio de tiempo determinado por esta capacidad suya; en las cosas aptas para procurar un beneficio, variable a intervalos determinados, por circunstancias que sean ajenas a su naturaleza o a la relación jurídica de que resulte la actividad productora, no puede medirse la potencia reditual sino en relación con el tiempo completo en que haya sido desplegada dicha actividad productiva; con todo el tiempo en que haya existido la cosa como origen de beneficios.

Pero si bien la conclusión de PROUDHON es congruente con la premisa de que los beneficios percibidos a intervalos accidentales constituyen verdaderos frutos del negocio, la situación cambia por completo si se reconoce que no son tales frutos, y que beneficios de la universalidad llamada casa comercial o industrial, no son más que los beneficios *que ella procura en un período de gestión.* De las diferentes relaciones jurídicas que se forman en el tráfico de un establecimiento, de ninguna de ellas nace el derecho a prestaciones que, individualmente consideradas, puedan ostentar la cualidad de frutos; ninguna de estas prestaciones produce una utilidad que, una vez realizada, pueda volver a producir de nuevo la universalidad establecimiento, quedando la sustancia inalterable. La conservación de esta sustancia, o sea de la aptitud productora de la tienda, está subordinada a los gastos que se efectúen para su sostenimiento, o para reemplazar los elementos que la integran: Si al molino o a la serrería citados por PROUDHON, no se los proveyera de fuerza motriz; ni la maquinaria se reparara; ni a la producción se prestara el concurso del trabajo, o los servicios de que se obtienen esas compensaciones, no podrían éstas renovarse. Descomponiendo el establecimiento en sus elementos, la compensación de aquellos servicios podrá valorarse arbitrariamente, considerándola como remuneración del trabajo directivo o del manual prestado en la producción, sin que tenga derecho a ella el que prestó su concurso, a reserva del deber de retribuír a quienes hayan cooperado con cosas o con servicios; pero mirando el establecimiento como una unidad, y atribuyendo en su virtud a quien tenga un derecho sobre el establecimiento como tal unidad el derecho a dichos frutos, por ningún concepto podrá exigírsele una remuneración de ningún género.

Si examinamos un tipo más complejo de establecimiento mercantil o industrial, aparece todo ello aún más claramente. En el tráfico de una casa comercial se suceden las compras y las ventas de instrumentos de producción, las adquisiciones de primeras materias y la enajenación de sus productos. Entre las cosas y derechos cuya

propiedad adquiere el dueño del establecimiento, no sólo no hay nada caracterizado individualmente como frutos o rentas del establecimiento, sino que ni siquiera puede decirse que haya en el conjunto de cosas y derechos nuevamente adquiridos, una renta bruta de la que hayan de deducirse los gastos de gestión y de producción para fijar la renta líquida. Las cosas y derechos adquiridos podrán ser, total o parcialmente, transformación de capital existente; y sólo con relación a un ejercicio, y al balance que de él se forme, podrá fijarse hasta qué punto constituyen aumento del valor total que tiene el establecimiento o se le atribuye; del balance con que se cierra el ejercicio, resulta, pues, si el valor ha aumentado, y en segundo lugar, si ha producido beneficios el negocio y cuáles sean (1); y con relación al ejercicio, es como se fija la potencia reditual del establecimiento, y, por tanto, el conjunto de beneficios obtenidos en un espacio de tiempo que no puede fijarse arbitrariamente; espacio que, a diferencia de cuanto sucede con los frutos civiles, que suministran un sustitutivo de renta, y aun con los beneficios de una sociedad comercial, no resulta de una relación jurídica, sino que debe considerarse como el período de producción de frutos nacido de modo natural del destino económico de los bienes que están coordenados en la universalidad «establecimiento» para que cumplan una función productiva.

Ya hube de advertir que el usufructuario del establecimiento mercantil o industrial no adquiere la propiedad de los elementos que lo constituyen, aun cuando pueda apropiárselos con la obligación de sustituirlos. Esta sustitución no puede constituír condición para apropiárselos, como ocurre en la universalidad compuesta de cosas homogéneas, en que la cualidad misma de frutos puede determinarse por la sustitución efectuada. En estos casos tiene necesariamente mayor independencia el usufructuario, y por ello, si no se le inviste de la propiedad del crédito que forma parte del establecimiento, y los acreedores del dueño de la tienda pueden contar con dicho crédito como cosa patrimonial del propietario mientras está en vigor el usufructo, puede, sin embargo, el usufructuario disponer libremente de él, quedando obligado para con el dueño a sustituirlo por otros elementos que mantengan la integridad económica del establecimiento, y a su vencimiento puede exigirlo con mayor motivo, apropiándose el objeto de la prestación, si no se lo impiden los

(1) Pero no equiparando, sin más ni más, los beneficios con el aumento de valor total.

acreedores del dueño que mediante embargo o secuestro lo hayan sustraído del establecimiento. Por las consideraciones expuestas, los principios indicados respecto a apropiación de los frutos civiles no son aplicables a los derechos derivados de relaciones jurídicas constituídas en el ejercicio del negocio; ni tampoco cuando se trate de relación preconstituída al usufructo y en la cual suceda el usufructuario, ni de las que venga él a contraer. Pero comprendiendo los beneficios del establecimiento en el concepto más amplio de los frutos civiles, en el de los frutos que se obtienen de las cosas por razón de relaciones jurídicas, no cabe duda de que pueden aplicárseles por analogía los principios sobre apropiación de frutos civiles que el Código expone, por la sencilla y decisiva razón de que tienen de común con éstos la característica de ser frutos obtenidos de la cosa en un cierto período, y cabe por ello regular la atribución de los mismos proporcionalmente a la duración del usufructo en aquel período. Llámase período de gestión al comprendido entre uno y otro balance, y si el establecimiento está tan imperfectamente organizado que no se forman balances regulares, y hay que proceder a repartir los beneficios entre usufructuario y propietario, precisa amoldar las condiciones del establecimiento desde 1.° de enero a 31 de diciembre a los términos que, si no se han elegido otros, marcan el ritmo de toda actividad humana. Cuando no sea posible esta reconstitución, habrá que prescindir del reparto de beneficios, y dejar al usufructuario el lucro obtenido durante el usufructo, porque en semejantes casos no puede reconocerse la existencia de un verdadero y propio establecimiento, y no cabe, por tanto, admitir un usufructo sobre él; habrá que valorar los derechos y obligaciones del usufructuario, no en relación al conjunto, sino con relación a los bienes particulares reunidos accidental y arbitrariamente para un determinado fin productivo (1).

Queda despejado ya el camino para resolver las cuestiones acerca de la atribución de otras clases de frutos civiles; de aquellos singularmente que se obtienen con la explotación de una patente o de un derecho de autor. El que concede una licencia para fabricar, se asegura un beneficio que no puede considerarse como renta de sustitución del producto patentado sino en el caso de licencia exclusiva y con renuncia por parte del autor a fabricar y vender; pero

(1) Descartado el usufructo sobre el establecimiento, se justifica así la conclusión citada de PROUDHON, que siguen DEMOLOMBE, X, 280, y AUBRY Y RAU, § 192, n. 30.

que en todo caso se obtiene mediante un vínculo jurídico y para el tiempo que dure la licencia. La distribución proporcional entre usufructuario y propietario puede y debe hacerse cuantas veces produzca efecto entre ambos esa relación jurídica, como ocurre si se otorga la licencia por el usufructuario con el consentimiento del dueño, o si éste, a fin de gozar de las ventajas que ello procura, la confirma para fecha posterior a la de extinción del usufructo. En la relación jurídica derivada del permiso concedido antes de constituirse el usufructo, el usufructuario de la patente no sucede necesariamente; el usufructo del patrimonio entero comprenderá, desde luego, el usufructo del derecho derivado del permiso, que llevará consigo la apropiación y distribución proporcional de aquellos únicos equivalentes o contraprestaciones que se hubiesen estipulado por años o por las fracciones de año que deba durar el permiso; pero nunca comprenderá más de la apropiación y distribución proporcional de la cantidad convenida como contraprestación única del permiso. Podrá, sin duda, inducirse de la constitución del usufructo que recaiga sobre la patente, la voluntad de que el usufructuario participe de los beneficios que rinda un permiso anterior, especialmente cuando se trate de permiso exclusivo; y esta misma medida tendrá su participación.

En las demás y diferentes formas de utilizar una patente o un derecho de autor (venta de objetos patentados, reproducción de obras sujetas a derechos de autor, autorización de representaciones, contratos de edición) hay frutos obtenidos de tal derecho por medio de un vínculo jurídico; pero son frutos que no se refieren a un determinado período, y no representan la potencia reditual del derecho en el intervalo de tiempo que media entre la adquisición de los derechos a las diversas prestaciones. La potencia reditual se mediría exactamente tomando la cantidad de todo cuanto se hubiera obtenido de la patente o del derecho de autor en cualquier forma y en diversos intervalos, y dividiendo dicha cifra por la duración de una u otro; y considerando todo este tiempo como período fructífero, se posibilitaría una distribución entre usufructuario y propietario que fuese proporcional al tiempo en que constituye objeto del usufructo la referida exclusiva o privilegio. Sin embargo, no sólo no cabe pensar en constreñir al usufructuario durante su derecho a conservar y rendir cuentas, como de un establecimiento que le hubiera sido confiado, de todo cuanto realice disfrutando como propietario del derecho de patente, sino que este reparto exigiría la condición, a más de impracticable, jurídicamente absurda, de que antes y des-

pués del usufructo, el propietario del derecho de patente se colocara también en condiciones de responder de los beneficios obtenidos. Así es que, como en el ejemplo, antes apuntado incidentalmente, del lucro obtenido con un caballo o una cuadra que toma parte en determinadas carreras, hay que prescindir también aquí de todo reparto proporcional, y dejar esta clase de productos completamente a beneficio del usufructuario, quien, disfrutando de la cosa según su destino, se los procurará así mientras dure el usufructo. El titular adquirirá el derecho mediante la constitución del vínculo jurídico y lo conservará aun cuando caiga fuera de la vigencia del usufructo el cobro de la prestación estipulada. Sin embargo, existe un caso en que estará obligado a ceder el producto al propietario de la cosa cuyo uso le haya procurado ese beneficio: en el de que ocurra, una vez extinguido ya el usufructo, el hecho que constituya el uso de la cosa, aunque ello haya resultado posible mediante las disposiciones adoptadas por el usufructuario; así responderá ante el dueño, del tanto por ciento correspondiente a la representación de una ópera, después de extinguido el usufructo, o del premio que en iguales condiciones haya ganado el caballo.

Este trato otorgado a los frutos que carecen de período fructífero, tiene su fundamento en el texto de la disposición de carácter generalísimo contenida en el artículo 477: El usufructuario está facultado para disfrutar como lo haría el propietario, y por consiguiente, para emplear el objeto del usufructo como instrumento de utilidad distinta de la que constituyen los frutos naturales y los frutos civiles de que se ocupa la ley, sin obligación de dar participación alguna al propietario, siempre que con ello no altere el destino económico de la cosa (1). Asimismo hay que reconocer la procedencia de que se apropie el usufructuario, sin la obligación de restituirlo, aquello que la cosa usufructuada proporciona sin la mediación de un vínculo jurídico, y que por ello no podría incluirse

(1) A las conclusiones a que hemos llegado interpretando nuestro Código, responden en gran parte los principios establecidos acerca de la adquisición de frutos en el Código alemán, § 101: Los productos obtenidos de una cosa, aunque se tenga derecho a separarlos como fruto de un derecho, corresponden al titular de la facultad de separarlos, si mientras ese su derecho dura, son separados de la cosa; los frutos que constituyen un equivalente de la cesión del uso o del goce, los intereses, los dividendos y otras rentas renovables a intervalos regulares, proporcionalmente a la duración del derecho a obtenerlos; y otros frutos en tanto en cuanto se obtienen mientras subsista el derecho.

en el más amplio concepto de frutos civiles, con tal de que proceda mediante separación de la cosa usufructuada. Tal es el caso de un coto o fundo destinado a la caza; de éstos se reputaban ya fruto los productos de la caza en las fuentes romanas (1). Tiene derecho a la caza el usufructuario; mas únicamente con el ejercicio de ella adquiere un poder jurídico independiente sobre sus productos; por tanto, mediante la ocupación se adueña de los animales (2). Lo propio ocurre en el caso del rebaño. A diferencia de lo que sucede con los frutos naturales no separados, es jurídicamente posible la adquisición de los que son elementos constitutivos de la universalidad, pero no le es lícito hacerlo al usufructuario hasta el momento en que cesan de ser elementos constitutivos, cosa realizable mediante la subrogación de otros factores; que es afirmar para estas hipótesis la idea de que la subrogación es requisito para el adueñamiento y que éste no se realiza sino cuando aquélla se efectúa (3). En la ley no hay pretexto alguno para distinguir en estos casos la apropiación y la atribución económica, ni para pretender que de las ventajas que proporcionen la ocupación y la subrogación, deba virtualmente restituír una parte el usufructuario. Se aprovechará, pues, de la oportunidad de existir una abundante caza y del mayor valor que tengan los elementos separados de la universalidad en el instante de la subrogación, sin incurrir por ello en responsabilidad, a menos que haya cazado con procedimientos desacostumbrados y susceptibles de agotar las reservas del fundo o que haya realizado extemporáneamente la sustitución.

320. A semejanza del alcance general que tiene el principio sobre la adquisición de los frutos naturales (4), lo tienen también los relativos a la apropiación y atribución de los frutos civiles, aplicán-

---

(1) JUL., 26, *de usur.*, XXII, 1.

(2) Lo mismo ocurre con los resultados de la pesca. PROUDHON, 911, los incluye ¡¡entre los frutos civiles irregulares!!

(3) V. *supra*, n. 286.

(4) Recuerdo aquí que entre los casos de modificación convencional de los efectos que produce el principio sobre apropiación de frutos naturales, algunas sentencias del Tribunal Supremo de Nápoles, que MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, I, ps. 46 y ss., cita y aplaude, incluyen la venta en subasta considerando que para el señalamiento del precio base de la subasta, no se toman en consideración los frutos pendientes, y por ello se aplica el reparto conforme a las reglas del art. 1.416, fundadas en la voluntad tácita del que pide la subasta y del que accede a ella.

dose a todos los casos de sucesión del derecho de propiedad y del de disfrute (1). En cambio, hay que rechazar la regulación a base de ellos de la relación entre el titular verdadero y el putativo de un derecho de disfrute.

Nuestro Código (art. 703) (a), a semejanza del francés (art. 549), ha modificado, acertadamente, la posición creada en el Derecho romano al poseedor de buena fe, liberándole de la obligación de restituír los frutos *exstantes* (2), y admitiendo asimismo (art. 702), a diferencia del francés (art. 550) (b), que basta la buena fe en el momento de adquirir la posesión para hacer suyos los frutos (3). Resulta, pues, que la tutela de las expectativas nacidas al comenzar el estado posesorio se extiende a todo cuanto se haya realizado durante este estado, y que el propietario tiene que someterse a los hechos realizados conforme a estas expectativas por su inercia ante la violación de su derecho; y se considera como un hecho consumado la percepción de los frutos, sin exigir su inversión o empleo, siguiendo con ello un criterio prácticamente demasiado benévolo; pero no se deduce en manera alguna que el respeto ante los hechos consumados implique que se haya querido convertir en el reconocimiento de un derecho del poseedor de buena fe a la apropiación de los mismos frutos. Con la preexistencia del estado de posesión que engendran estas expectativas, se da fundamento a la apropiación realizada con un acto voluntario del poseedor como si preexistiese un derecho de apropiación.

Consecuente a esta construcción, sostengo que hay que señalar una diferencia incluso para lo referente a la adquisición de frutos naturales, diferencia en que no ha parado mientes la doctrina de los civilistas. Al imponer la letra del artículo 703 la obligación de que restituya el poseedor de buena fe los frutos *recogidos* después de interpuesta la demanda, señala implícitamente como requisito de esa atribución al poseedor, algo más y algo distinto del simple he-

(1) DEMOLOMBE, IX, 576, y AUBRY y RAU, § 192, n. 29.

(a) [Cfr. art. 451 del Cód. esp.]

(2) Acerca de la obligación de restituír los frutos *exstantes*, y del modo de armonizarla con la atribución de la propiedad de ellos al poseedor de buena fe, v. modernamente PETRAZYCKI, *d. Fruchtvertheilung*, especialmente el § 42, y los 35 y 38 para una exposición crítica de las varias teorías.

(b) [Cfr. art. 435 del Cód. esp.]

(3) Al modo como a la inicial buena fe atendía JUL., 25, § 2, *de usur.*, XXII, 1, en contra de POMPONIO *ap.* PAULO, 48, § 1, *de acq. r. d.*, XLI, 1.

cho de la separación efectuada con anterioridad a la demanda. Verdad es que para el poseedor de buena fe, y a diferencia del usufructuario, reconocía el Derecho romano la licitud de la apropiación de los frutos merced a la separación, no a la percepción (1); pero el efecto económico de esta apropiación quedaba neutralizado por el deber de restituír los frutos no consumidos. Los frutos separados y no percibidos por el poseedor, no son frutos de que se haya adueñado y no hay motivo para extender su tutela a actos independientes de su actividad. Confirman esta conclusión también los artículos 41 y 45 que emplean el término técnico *percepire* (percibir), de significado preciso y unívoco, para indicar las condiciones en que resultaban exentos de restituír los que estuvieran en posesión de bienes de un ausente.

Con tanta más razón, y ya que al poseedor de buena fe no le corresponde un derecho de apropiación, debe rechazarse que la atribución económica de los frutos civiles se fije en razón al tiempo que haya durado la posesión antes de ser demandado judicialmente (2). Ni el poseedor de buena fe, ni el de mala fe, se apropian los derechos a las prestaciones consistentes en frutos civiles que se deriven de un vínculo jurídico anterior a la posesión. En cambio, como en el caso de mala fe, también se le inviste inmediatamente y con independencia de su cualidad de poseedor, de los derechos derivados de aquellas relaciones jurídicas constituídas por él mismo. En la posible apropiación del objeto de las prestaciones obtenidas mediante el ejercicio de esos derechos tampoco hay diferencia entre

---

(1) JUL., 25, § 1, *de usur.*, XXII, 1; PAULO, 48 pr. *de acq. r. d.*, XLI, 1.

(2) Opinan conforme a la tesis sostenida aquí, DEMOLOMBE, XI, nn. 627-628; AUBRY y RAU, § 206, n. 29; prefieren la aplicación del principio sobre reparto de los frutos civiles entre propietario y usufructuario, ZACHARIÆ, § 201; LAURENT, VI, 206 (que se suma a la opinión sustentada durante el régimen de Derecho común por DOMAT, *Lois Civiles*, l. III, t. V, III, n. 8), y CIMBALI, *Del possesso per acquistare i frutti* (Nápoles, 1879), n. 158. Las fuentes romanas enmudecen acerca de la pertenencia de los frutos civiles al poseedor de buena fe. V. WINDSCHEID en la *Zeitschr. f. Civilr. u. Pr.*, N. F., XIV, ps. 132 y siguientes; GŒPPERT, *Organ. Erzeugn.*, ps. 354 y ss.; KŒPPEN, *d. Fruchterwerb. d. b. f. poss.*, ps. 92 y ss.; WÆCHTER, *Erörterungen*, II, p. 100; CZYLHARZ, en la continuación de GLÜCK, l. XLI y XLII, I, ps. 469 y ss. (a).

(a) [La cuestión discutida está prevista en el Cód. civ. esp., que en el párrafo 3.° del art. 451 expresa que «los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción».]

poseedores de buena y de mala fe. La diferencia única consiste en que el carácter de poseedor de buena fe exime de la obligación de restituír los beneficios patrimoniales que haya procurado el ejercicio de tales derechos. Pero la ley, que le obliga a restituír solamente los frutos obtenidos después de la demanda, no quiere que conserve nada más que los frutos que haya obtenido antes, o sea los resultados patrimoniales conseguidos mediante el ejercicio de aquellos derechos. Y habrá que reputar ejercicio del derecho, tanto el percibo de la prestación debida como la liberación de la deuda; y deberá equipararse al ejercicio del derecho el acto de disposición realizado por el poseedor al ceder a otro su derecho de crédito (1), que será ineficaz, por otra parte, si antes del vencimiento se interpone la demanda reivindicatoria. Pero el poseedor carece de títulos para exigir que el propietario le restituya lo que, después de interpuesta la demanda, se haya colocado él mismo en condiciones de obtener como producto de la cosa reivindicada.

En cambio, no puede lógicamente admitirse otra limitación a los derechos del poseedor de buena fe, en la cual limitación coinciden, por raro que parezca, tanto los que niegan (2) como los que afirman (3) la aplicación por analogía del artículo 481, y que consiste en que no puedan retener dichos poseedores sino aquellos frutos civiles, de entre los percibidos, que se hubieran *devengado* durante la posesión. La distinción de los frutos según su devengo, es decir, la referencia a un determinado período, no tiene fundamento alguno en los textos, aparte del artículo 481; por donde resulta que se aplica éste incluso por los que lo desdeñan, y además lo aplican a medias, arbitrariamente. Es el 481 únicamente el que rige para atribuír los frutos civiles en proporción a la duración del usufructo y el que establece una relación entre el tiempo en que la cosa fructifica y el en que se halla sujeta a la posibilidad de obtener sus frutos. Pero declarar que esta resolución sirve para señalar la cantidad de frutos que puede conservar el poseedor de buena fe, es convertir el estado de posesión en una potestad jurídica de obtener frutos de la cosa; es, por tanto, fundar en el estado posesorio, y no en la actividad del poseedor, el fundamento de la atribución de los frutos; y si al poseedor se le atribuyen atendiendo a la duración del estado posesorio, no hay motivo para que no le correspondan todos los

(1) Así Aubry y Rau, *loc. cit.*
(2) Aubry y Rau, § 206, n. 28; Demolombe, IX, 620.
(3) Laurent, VI, 207.

del período que la posesión comprende. Estas deducciones lógicas están conformes con los motivos de índole práctica de la institución (1). Se exime de restituír al poseedor para que la posición económica que resulta de la percepción de la renta, esto es, percepción de cosa normalmente destinada a satisfacción de necesidades, no se turbe con el conocimiento, posteriormente logrado, de que era ajena la cosa. Si estuviera obligado a restituír la merced del año anterior al comienzo, o posterior a la cesación de la posesión, que hubiera percibido durante ésta, la perturbación no sería menor; porque una economía corriente no suele reservar para el año venidero la renta que anticipadamente, según costumbre, se percibe en equivalencia del disfrute del año próximo, y menos aún se sustrae al consumo corriente la renta percibida como equivalente de un disfrute pasado. Si, por el contrario, el poseedor contaba para sus necesidades con la renta que en el transcurso del tiempo hubiera de percibir, no se turba su economía, ni se requiere protección legal contra esta perturbación, porque al ser demandado judicialmente se frustren sus esperanzas de cobro. Que pueda privarse al propietario de una renta correspondiente a período posterior a la reivindicación, es consecuencia de la forma en que él o su causante han regulado la percepción de la renta, y de no haber ejercitado oportunamente la defensa de la propiedad para evitar que otro disfrutara de ella. No pueden perjudicarle las modificaciones que en los vencimientos antes señalados ordene el poseedor, y mucho menos los pactos celebrados por éste; concretamente, no le obliga tampoco un arrendamiento contratado por el poseedor (2).

Todo lo dicho es aplicable, en general, tanto al poseedor de buena fe a título de dueño, como al poseedor de buena fe en concepto de usufructuario (3). La demanda judicial deducida en tales casos por el propietario (acción negatoria) o por el verdadero titular del usufructo (acción confesoria), es un obstáculo para que haya apropiación de los frutos naturales, aunque hayan sido separados, si no están percibidos aún; y queda el demandado en la obligación de restituír, una vez acogida aquélla, tanto los naturales como los

---

(1) Sobre ellas, PETRAZYCKI, *op. cit.*, §§ 42 y 48.

(2) V. *supra*, p. 419, n. 3.

(3) AUBRY y RAU, § 206 pr.—Debido a un conocimiento evidentemente imperfecto del sistema del Código francés y del nuestro, PETRAZYCKI (*op. cit.*, § 48) niega que en ellos esté consagrado este principio, y deplora que se tenga tan sólo en cuenta al poseedor en concepto de dueño.

civiles percibidos desde tal momento. Queda libre de restituír los frutos civiles percibidos precedentemente, siempre que no se trate de un período anterior al comienzo o posterior al término fijado al usufructo en el título por virtud del cual posee. En estos dos casos, vuelve a ser aplicable el principio del artículo 481, porque las expectativas fundadas en el estado posesorio no pueden rebasar el ámbito en que las legitima el título en cuya virtud se tiene la posesión.

CAPÍTULO V

CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA

SUMARIO: 321. Fundamento de las obligaciones de custodia y conservación.—322. Culpa aquiliana del usufructuario. — 323. Obligación de custodiar la cosa.—324. Obligación de conservarla.—325. Las obligaciones de custodiar y de conservar la cosa son independientes de la entrada en posesión del usufructuario.—326. Menoscabo accidental de la cosa.—327. Exigibilidad de las reparaciones.—328. Reparación ordinaria y extraordinaria de edificios y de obras permanentes.—329. Observaciones complementarias respecto a las reparaciones.

321. Conceptualmente y de un modo bastante preciso pueden distinguirse las obligaciones del usufructuario, aun cuando con frecuencia ocurra que un mismo acto contenga infracciones a deberes de diversa clase. En primer lugar, nos encontramos con las obligaciones de formalizar el inventario y de afianzar, que constituyen normalmente los requisitos para que el usufructuario pueda obtener la posesión de los bienes (1); después, está la obligación de conservar la sustancia, o sea el destino específico de la cosa, que constituye el límite del derecho de disfrute (2). Todas las demás obligaciones del usufructuario se resumen en el postulado siguiente: *que el ejercicio del usufructo no acarree perjuicios al propietario, y que en su posición patrimonial, a la extinción del usufructo, no se realice alteración alguna que no sea consecuencia necesaria de la constitución misma de este derecho y de la transmisión del disfrute temporal a otra persona.*

No puede hacerse por simple deducción lógica del postulado anterior el señalamiento de estas obligaciones, porque aquél no es su-

---

(1) V. *supra*, caps. I y II.

(2) V. *supra*, cap. III, § 2.

ficiente para señalar *a priori* la proporción en que el usufructuario ha de contribuír a los gastos de conservación y a las cargas de la cosa usufructuada; pero la variedad que hallamos en las distintas legislaciones acerca, por ejemplo, de la obligación de reparar (que el Derecho romano reconocía en cuanto a la *modica refectio* y que la Costumbre de París quería precisar excluyendo de tal deber únicamente las reparaciones *«des quatre gros murs, poutres et entières couvertures et voûtes»),* o la obligación que nuestro Código rechaza, e impone el germánico, de satisfacer los intereses de las deudas hipotecarias, tal variedad, repito, resulta de los distintos criterios con que aplican el postulado fundamental dicho, y de reconocer unas y negar otras que un gasto o una carga determinados deban detraerse de la renta de los bienes usufructuados. Abre el usufructo un paréntesis en la vida de la propiedad, y cuando se extingue, no puede pretender el propietario hallarse tan rico como lo estaría si en aquel lapso hubiese disfrutado él mismo la finca, y en aquel intervalo su administración previsora hubiese economizado una parte de la renta con objeto de crear futuros instrumentos de utilidad. No puede pretender tampoco que se le reponga en las condiciones mismas en que se hallaba al comenzar el usufructo, como si el correr de los años hubiese quedado en suspenso mientras duraba este derecho. Pero para que no sufra mayor y distinto perjuicio del derivado de una privación temporal del disfrute, no basta con que el usufructuario no altere el destino específico de la cosa; es preciso que, privado el dueño de la posesión y arrebatándosele la vigilancia directa de la cosa, se encargue el usufructuario de hacerlo en su lugar, previniendo, hasta donde sea posible, las contingencias con que la acción del hombre o los accidentes naturales puedan amenazarla. Por eso tiene derecho el dueño a que el usufructuario vigile y defienda, o lo coloque en situación de defenderse él, contra las alteraciones que tanto en su estado material como en el jurídico, pueda sufrir la cosa usufructuada. Igualmente tiene derecho a que el usufructuario contribuya a los gastos necesarios para mantener la cosa en el estado en que se hallaba al comenzar el usufructo, aun cuando en la medida tan sólo en que estos gastos resulten necesarios para asegurar la aptitud reditual de la cosa, mientras dura el usufructo. En último análisis engendraría un cambio en el destino específico de la cosa, la conducta del usufructuario que pretendiese percibir los frutos que da aquélla sin gastar todo lo preciso para que continúe fructificando; y no menos también la conducta de aquel que, en medida más o menos amplia, renunciase a la percepción de

los frutos por no cargar con los gastos de conservación. No pueden imponerse al usufructuario aquellas deducciones de la renta que sirven para asegurar por tiempo indefinido la conservación de la aptitud productiva de la cosa, ni tampoco todas las requeridas para contener el menoscabo que produce el uso normal de los bienes o la marcha lógica del tiempo; es obligación suya sufragar los gastos que no excedan de lo necesario para conservar el objeto durante el usufructo.

Por consiguiente, no es muy exacto designar como objeto de la *cautio usufructuaria*, como objeto de la que se ha convertido ahora en obligación legal del usufructuario: *se... cetera facturum, quæ in re sua faceret* (1). El usufructuario no está obligado a hacer en la cosa cuanto haría en la propia un diligente padre de familia: la diligencia del usufructuario se mide con rasero diverso que la del propietario diligente; ésta se atempera al interés de conservar la cosa, y aquélla al interés de conservar la renta. No pueden pedirse al usufructuario diligente sacrificios desproporcionados a tal interés, ni para devolver a la cosa sus cualidades productivas, ni para defenderla contra usurpaciones o accidentes. El propietario, si quiere, puede proveer por sí mismo lo conveniente a completar los deberes de aquél en punto a la custodia y conservación de la cosa usufructuada. Basta con exigirle el cumplimiento de las obligaciones que incumben al usufructuario diligente, teniendo en cuenta sus intereses, a fin de que, naturalmente, el propietario, para atender al suyo propio, no tenga que ejercer una vigilancia que, de una parte, perturbe el libre goce del usufructuario, y que, por otra, implique para el dueño sacrificios y gastos que redunden en provecho de aquél. Y esta imposición legal de deberes no tiene otro fundamento sino la subordinación del usufructo a la propiedad, pues la esencia de ésta sólo debe modificarse en cuanto lo necesite el desenvolvimiento completo del derecho de usufructo.

Es una equivocación reconducir a un acto de voluntad del usufructuario la asunción de las obligaciones de custodia y conservación, para incluirlas así en la categoría de los cuasicontratos. Excepción hecha del usufructo consiguiente a la patria potestad, sólo es usufructuario el que quiere; pero la aceptación del legado o de la oferta contractual de usufructo, no comprende un acto distinto de voluntad por el cual se asuman las cargas que van unidas al usufructo, y por ello, si el título constitutivo no lo dispone de otro

(1) ULP., 1, § 3, *Usufruct. quemadm.*, VII, 9.

modo, no sobreviven a la extinción del usufructo, aunque ésta se anticipe voluntariamente. Y como el fundamento de todas las obligaciones usufructuarias está en la subordinación del usufructo a la propiedad, y no en la comunidad de intereses que la constitución del mismo crea entre usufructuario y propietario, claro está que *a priori* ha de rechazarse que tal comunidad de intereses sirva de fundamento a obligaciones recíprocas del dueño para con el usufructuario. No es éste el lugar de estudiar las obligaciones que el constituyente del usufructo pueda asumir por sí o imponer a sus sucesores en la propiedad; pero desde luego el propietario, como tal, no tiene más que obligaciones negativas para con el usufructuario, correlativas al derecho real de éste y consistentes en no perturbarle en el ejercicio del mismo; obligaciones de que participan todos los miembros de la comunidad social. Como veremos dentro de poco, si a veces puede exigirse al propietario que concurra con el usufructuario a los gastos de conservación, tan sólo debe hacerse en cuanto por haberlo realizado en proporción que exceda de su interés, se ha producido en su daño un aumento patrimonial del propietario (1).

322. Distinta de las acciones que le asisten en razón a las obligaciones que pesan sobre el usufructuario, es aquella que puede ejercitar el dueño cuando el usufructuario mismo haga alteraciones en la cosa que le sean dañosas mediante un acto voluntario, que o bien tenga por objeto esa alteración, o aun sin tenerla como fin no vaya acompañado de las precauciones necesarias para impedir que la produzca o evitar el daño: esto es, cuando con sus actos propios, o con los de personas a las que esté obligado a vigilar, o que procedan como instrumento de sus intereses, venga el usufructuario a asumir nuevas obligaciones. En la formación de estas obli-

---

(1) La mayor parte de la doctrina francesa (v. PROUDHON, 1.675 y ss.; TOULLIER, III, 433, 444; MARCADÉ, ad arts. 605, 608; DURANTON, IV, 615 y ss.; AUBRY y RAU, § 233, n. 2) es contraria a la tesis de que el art. 605, según el cual las reparaciones grandes quedan a cargo del propietario *(les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire)*, imponga una obligación del propietario para con el usufructuario, fundándose en la comunidad de intereses; ésta es la opinión que sostienen SALVIAT, *Usufruit*, I, 169; BENOIT, *Dot.*, I, 179; LAURENT, VI, 548, 549 (a).

(a) [En el Cód. esp. no parece resultar del art. 501, en relación con el 502, que el usufructuario pueda obligar al propietario a ejecutar las reparaciones extraordinarias que son de cuenta de éste.]

gaciones, o en las procedentes de delito o de cuasidelito (que según el común sentir tienen por supuesto el dolo o la culpa del obligado y no nacen de un vínculo obligatorio anterior), y así también en el ejercicio de las acciones derivadas de ellas no hay diferencia alguna que señalar entre el caso de obligación nacida contra el usufructuario y el de obligación contra un tercero. No es propio tratar de esto en una obra que se ocupa del derecho de usufructo; pero conviene señalar que las obligaciones de resarcir, nacidas de delito o cuasidelito (a las que conviene dar el nombre de «responsabilidad aquiliana», derivándolo del que tenía la acción procedente para exigirla), se enlazan con la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones anteriores que estuvieran a su cargo.

Este enlace pasa inadvertido frecuentemente para la jurisprudencia y la doctrina, que subsumen todas las responsabilidades del usufructuario en la genérica de disfrutar como un buen padre de familia. Eso es lo que hace PROUDHON (1), que, por otra parte, notando intuitivamente que debe haber forma de dirigirse contra el usufructuario en aquellos casos no imputables a falta de diligencia ordinaria, opina que subsisten bajo la vigencia del Código Napoleónico las distinciones de tres clases de culpa discurridas por los antiguos prácticos: lata, leve y levísima, que respectivamente tiene obligación de prestar quien entabla una relación creada en interés exclusivo de la otra parte, en interés de ambos o en exclusivo interés suyo; caso este último en que se halla el usufructuario. Ni la premisa de PROUDHON ni la división de la culpa son hoy admisibles, y puede objetarse con facilidad que la obligación de gozar como buen padre de familia no implica más que el despliegue de aquella diligencia cuya omisión llamaba culpa leve la antigua teoría; y que la responsabilidad del usufructuario es la misma cuando adquiere a título oneroso; caso en que no puede decirse que la relación que se establece lo sea en su interés exclusivo; que incluso en la hipótesis de usufructo a título gratuito, no está obligado para con el otro contratante, sino para con el nuevo propietario, extraño a la constitución del primitivo vínculo; y que en manera alguna se puede equiparar a las relaciones contractuales de que se beneficia sólo una parte, la relación que se constituye entre propietario y usufructuario (2). Pero aun probando que el módulo con que se mide si se incurre o no en responsabilidad por incumplimiento de

(1) C. XXXIV; sobre todo, nn. 1.542 y ss.

(2) DEMOLOMBE, X, nn. 626 y ss.; LAURENT, VI, n. 526.

las obligaciones constituídas, es siempre el de la conducta de un buen padre de familia, y que en la relación entre el usufructuario y el propietario no se dan las condiciones para aplicar de un modo más severo aquella medida, como debe hacerlo el juez en ciertos casos (1), no con ello se excluye que, por no existir la omisión de la diligencia de un buen padre de familia, pueda ponerse a cargo del usufructuario una obligación nueva, como se podría constituír para un tercero cualquiera. Y es principio constante que en la apreciación de aquella conducta que origina responsabilidad por haberse violado la esfera jurídica de otro, se empleen criterios distintos de los empleados para señalar la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones; bien se hable, conforme a las fuentes romanas, de imputabilidad de un grado distinto de culpa (2), o se afirme la responsabilidad de quien voluntariamente origina el peligro, que no basta a evitar la diligencia del buen padre de familia, de quien, *aumentando la posibilidad objetiva del peligro,* viene a constituirse en causa adecuada del daño (3). Por consiguiente, aunque la responsabilidad del usufructuario en cuanto tal no exceda de la culpa *in abstracto,* cuando se trate de sus actos propios, de los de sus dependientes, o de los de aquellas personas que están bajo su vigilancia, no se exime de la responsabilidad más amplia en que puede incurrir, independientemente de su carácter de usufructuario, sin que se den tampoco los términos de la culpa *in abstracto.*

Asimismo importa señalar las consecuencias del entrecruzamiento de la responsabilidad aquiliana y la extraaquiliana del usufructuario (4). En el número siguiente hablaré de la primera, que impone la carga de probar el fundamento de la responsabilidad; cosa di-

---

(1) Compárese acerca del particular POLACCO, *Obbligaz.,* nn. 106 y ss., quien, por otra parte, distingue entre la hipótesis del depósito ordinario, en que hay que acudir a una medida distinta (la diligencia empleada por el deudor en sus cosas propias) y aquellos supuestos en que la medida común se aplica con mayor o menor rigor; en tanto que SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia* (en la *Riv. it. sc. giuridiche,* t. XIV, ps. 3 y ss.) opina que cuando se requiere la *diligentia quam in suis,* hay atenuación, no agravación de responsabilidad.

(2) ULP., 44, *ad l. Aquil.,* IX, 2; cfr. CHIRONI, *Colpa estracontrattuale,* n. 46 bis.

(3) Para la sumaria exposición de la teoría aquí invocada, v. G. RÜMELIN, *Culpahaftung und Causalhaftung (Archiv f. civ. Prax.,* LXXXVIII, 285).

(4) Se recomienda la designación de responsabilidad extraaquiliana en sustitución de la de responsabilidad contractual, porque comprende las consecuen-

ferente es que, si realizado el deterioro o perecimiento, cabe deducir la acción declaratoria para *comprobar* que debe responder de ello el usufructuario, no siempre se puede en dicho momento obtener su condena al resarcimiento. El usufructuario puede oponer una excepción dilatoria cuando no resulte culpa grave a su cargo, porque en este caso se admite, como hemos visto (1), la compensación entre menoscabos y mejoras y puede pedir que para fijar la extensión de su responsabilidad, se contemple el conjunto de su gestión.

Haya o no culpa grave, debe esperar siempre el propietario la conclusión del usufructo para que se le resarza, cuando sea posible la reposición de las cosas en su primitivo estado (2), y esté suficientemente asegurado de esta restitución. Porque como quiera que la obligación de resarcir el daño está embebida en la obligación de restituír la cosa inalterada sustancialmente en materia y forma, si es posible esto último resulta inoportuna la pretensión de que se indemnice aquél. Así opina PROUDHON (3) en el caso especial del incendio de la casa usufructuada, pero únicamente cuando se trate de usufructo universal o de un edificio dependiente de la finca objeto del usufructo; y llega a tal conclusión atribuyendo al usufructuario el derecho a reconstruír el edificio destruído. El motivo de excluír esta solución para el caso de que el usufructo recaiga sobre el edificio únicamente, no es aplicable en el régimen de nuestro Código, en que la destrucción, como sabemos, no envuelve siquiera la extinción del mismo, sino su transformación haciéndolo recaer entonces sobre el solar y materiales (a). En cambio, es inadmisible que cuando el usufructuario use del derecho a reconstruír, cargue al propietario el valor mayor que tenga el nuevo edificio, o la cosa en cualquier forma reparada, comparativamente a la deteriorada o destruída. PROUDHON así lo acepta (4), aunque en contradicción con la

---

cias del incumplimiento de las obligaciones que se desprenden de fuentes distintas del contrato.

(1) V. *supra*, ps. 370-371.

(2) La corta caprichosa de árboles de gran porte no permite la reposición en su primitivo estado, y en éste, como en los demás casos en que no pueda subsanarse el daño inferido, sino sólo repararlo con una prestación equivalente, cabe condenar inmediatamente al usufructuario.

(3) Nn. 1.577 y ss.

(a) [Art. 517 del Cód. esp.]

(4) Fundado en una decisión romana acerca del fideicomiso de la herencia; PAP., 58, *de legat.*, 1.°, XXX.

tesis que, como yo, admite sobre el alcance de la regla que niega al usufructuario derecho alguno por las mejoras que haga en la cosa usufructuada; no se debe distinguir entre las mejoras debidas a la libre iniciativa del usufructuario, y aquellas otras que la necesidad le ha obligado a hacer, porque a su voluntad va unida estrechamente la destrucción de que responde, y de la cual es la reconstrucción una consecuencia, y porque, cualquiera que sea la causa de la destrucción, no está obligado a reconstruír y prestar una cosa nueva y de valor mayor que la perecida, sino que, cuando su interés así se lo aconseje, es libre para dejar las cosas como están, soportando el daño efectivo que luego repercute en el propietario. Y cabe admitir que la conducta del propietario, sabedor de la reconstrucción que hace el usufructuario, implica a veces un acuerdo tácito para reembolsar ese valor mayor.

También influye la cualidad de usufructuario del responsable en la proporción del resarcimiento. Si hay que liquidarlo durante el usufructo, para el justiprecio del daño experimentado por el propietario habrá que tomar en consideración la circunstancia de que aquél es tanto menor cuanto más tiempo haya estado privado del disfrute.

323. La obligación de custodiar, de la que el Código no señala sino una aplicación particular al imponer al usufructuario el deber de denunciar las usurpaciones y demás ataques a los derechos del propietario (art. 511) (a), estaba formulada en las fuentes romanas en los precisos términos siguientes: *fructuarius custodiam praestare debet... omnem enim rei curam suscipit* (1). Para señalar el contenido de esta obligación, no hay más que referirse a los principios generales: la vigilancia que el usufructuario ha de emplear para preservar la cosa ajena de modificaciones en su estado material o jurídico, no se diferencia de la que está obligado a prestar el encargado de los bienes de un ausente, el tutor, el mandatario, el gestor de negocios, el socio o el comunero administrador, el acreedor pignoraticio o anticrético (2). Pero en tanto que las alteraciones procedentes del acto del usufructuario entroncan simultáneamente con el hecho ilícito que lo sujeta a la responsabilidad aquiliana, y con el incum-

(a) [Cfr. art. 511 del Cód. esp. y v. para lo relativo al usufructo de viudedad, el art. 72, oblig. 3.ª del Apéndice aragonés.]

(1) PAULO, 2; ULP., 1, § 7, *i. f.*, *usufructuarius quemadm.*, VII, 9.

(2) V. SIMONCELLI, *op. cit.*, n. 12.

plimiento de la obligación de custodiar, las resultantes del uso de la cosa usufructuada conforme a su destino entran en el ámbito de su derecho, y de la facultad de usar con tal efecto procede que la obligación de custodia resulte necesariamente menor que cuando se trata de persona que detenta la cosa sin derecho a usar de ella.

Una consecuencia muy importante de este aserto es la exención de responsabilidad del usufructuario que restituye los bienes muebles de fácil deterioro en el estado mismo en que se encuentren al extinguirse el usufructo (1). El uso normal de tales cosas no puede producir su destrucción total, y por eso para eximirse de toda responsabilidad se halla obligado a conservar y a restituír los elementos que queden después de dicho uso, aun cuando la prueba que haga de la disminución del valor por consecuencia del uso reduzca su responsabilidad al interés que en recuperarlos tuviera el dueño (2).

Queda exceptuado el donante de bienes muebles que se reserva su usufructo. La donación de los bienes muebles debe ir acompañada de una valoración hecha en el documento donde conste la donación o en nota unida al mismo (art. 1.070); y el donatario debe, como cualquier otro dueño, resignarse a recibir los bienes muebles en el estado en que se hallen al terminar el usufructo; pero con respecto a los que no subsistan en especie, puede exigir el valor que se les hubiera asignado en el acto de la donación (art. 1.076). Lo que implica que al usufructo del donador de bienes muebles se le trata como cuasiusufructo, pero únicamente cuando no se ofrece en especie la restitución de los mismos bienes muebles. Otra excepción ha querido hacerse al principio del artículo 484 para el caso del usufructo legal, derivándola de la facultad de los padres para vender los bienes

(1) Art. 484. V. *supra*, ps. 250 y ss., ps. 317 y ss. (a).

(a) [Cfr. art. 481 del Cód. esp.]

(2) V. *supra*, ps. 318-319, y nótese la diferencia que hay entre el art. 484, que no exige al usufructuario la restitución de las cosas que se deterioran poco a poco con el uso «sino en el estado en que se encuentren», y el art. 1.411, según el cual «si los bienes muebles de que queda propietaria la mujer han sido consumidos con el uso y sin culpa del marido, éste *sólo debe restituír los que queden y en el estado en que se encuentren*». El marido no es el único conservador de los bienes muebles dotales destinados al uso de la familia; y por esto, la mujer dueña de ellos tiene derecho a la restitución cuando prueba la subsistencia de los mismos al disolverse el matrimonio.

muebles expuestos a deterioro, siempre con la autorización judicial y a condición de volver a emplear su importe. Pero según el artículo 225, esto es facultativo, en tanto que el artículo 458 del Código francés impone la obligación de justipreciar los bienes muebles deteriorables; las consecuencias que legítimamente pueden deducirse de ello (1), y la conversión necesaria del usufructo legal en un cuasiusufructo, no son aplicables a nuestro Derecho, debiendo afirmarse que, si vendiéndolos queda responsable de su valor, cuando prefiere conservarlos no contrae otras obligaciones que las ordinarias y corrientes de un usufructuario de bienes muebles.

Otra diferencia hay que señalar entre el artículo 1.076, que acabamos de citar, y su concordante 950 del Código francés, que no contiene el inciso que exime de responsabilidad, por pérdida fortuita, al donante de bienes muebles que se reserva su usufructo. Se pretende justificar este precepto (2) como un desarrollo del antiguo principio jurídico francés: *donner et retenir ne vaut;* la reserva del usufructo no debe ser un medio para frustrar la eficacia de la donación; y para conseguir que no lo sea, se agrega la obligación de responder del caso fortuito a la responsabilidad del donante. Ocioso es notar que incluso en el Derecho francés queda restringida la asunción de esta garantía al caso previsto en el artículo 950: los escritores que la incluyen en la obligación de custodiar, con vista especialmente de la custodia en el depósito necesario, en el comodato y en el arrendamiento, jamás pensaron en imponerla a todos los usufructuarios (3).

La obligación de custodia no entraña que el usufructuario responda del caso fortuito, si bien desplaza la carga de la prueba de este hecho. Para exigir la responsabilidad aquiliana al usufructuario, hay que probar que tiene la culpa de la modificación experimentada por la cosa; bien exista una culpa distinta de la que consiste en la omisión de aquella diligencia que emplea un buen padre de familia, o haya sido causa adecuada para ello. Pero puede sustraerse el propietario a la carga de esta prueba demostrando con el acto mismo de la alteración sufrida, el incumplimiento de la obligación de custodiar. Al usufructuario corresponde probar que la modificación perjudicial la ha producido un hecho que no ha podido impedir, o cuyas consecuencias eran inevitables, no obstante la

(1) GENTY, *Usufruit*, n. 208.
(2) GENTY, *Usufruit*, n. 209.
(3) V. SIMONCELLI, *op. cit.*

diligencia de un buen padre de familia; y queda exento de responsabilidad si de la prueba suministrada por él, o de la que oponga el dueño, no aparece que, aun excluída la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de custodia, se den, sin embargo, los requisitos para exigir la responsabilidad aquiliana.

La distribución de la carga de la prueba, señalada en armonía con los principios establecidos para las relaciones entre arrendador y arrendatario por el artículo 1.588 (a) es de aplicar indudablemente a las que median entre usufructuario y propietario. En el mismo incendio, y a semejanza de lo que ocurre con el arrendatario, queda el usufructuario obligado si en las formas autorizadas para aquél no prueba suficientemente las circunstancias que le eximen de responsabilidad (1). La opinión contraria deduce del equivocado principio de que el incendio deba incluirse entre los casos fortuitos, la consecuencia de que su alegación libera al usufructuario, y que para que renazca su responsabilidad se precisa que el propietario demuestre la culpa que ha precedido y determinado el caso fortuito; en tanto que se halla dispensado de esta prueba el arrendador a virtud de la presunción legal de culpa creada a cargo del arrendatario, presunción que no puede ampliarse al usufructuario (2). Una doctrina intermedia afirma que el incendio no puede calificarse *a priori* ni de casual, ni de culpable; y que el usufructuario no se exime por eso con la simple alegación del incendio, como no se exime el arrendatario; pero sostiene que a aquél no le son aplicables las restricciones legales que se establecen en punto a una prueba liberatoria del inquilino (3). Esta doctrina, aun cuando pueda justificarse respecto al Código francés, que en el artículo 1.733 reconoce la exención del arrendatario únicamente si prueba que el incendio fué producido por caso fortuito, fuerza mayor o vicios de construcción, o que el fuego se ha corrido desde una casa vecina, carece de sentido en nuestro régimen jurídico (art. 1.589), que no crea traba alguna a la prueba liberatoria del arrendatario, y aun admite la indirecta de que el incendio haya ocurrido, «no obstante haberse empleado la acostumbrada diligencia de todo buen padre de familia» (4).

(a) [Art. 1.563 del Cód. esp.]

(1) SIMONCELLI, *op. cit.*, n. 20; POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, en la *Riv. it. p. le sc. giur.*, XV, § 1, ps. 3 y ss.

(2) PROUDHON, nn. 1.540, 1.569; DEMOLOMBE, X, n. 628.

(3) AUBRY y RAU, § 231, n. 7; LAURENT, t. VI, n. 529.

(4) Cabe preguntar qué función desempeña esta adición al art. 1.589,

A estos principios generales no pueden agregarse sino indicaciones enunciativas por vía de ejemplo, del contenido de la obligación de custodiar. El usufructuario necesita desplegar una cierta actividad para impedir las modificaciones consiguientes a actos de tercero o producidas por accidentes naturales en el estado material de la cosa, y toda modificación en su estado jurídico. Falta a la primera parte de sus obligaciones, si omite las precauciones para evitar el incendio, como para esquivar cualquier otro estrago, para precaver cualquiera actividad delictual, o, finalmente, los eventos naturales. Incurre en responsabilidad si descuida la guardería de un bosque, a fin de impedir la corta de árboles o el abusivo pastoreo; como si olvida avisar al dueño de la necesidad surgida de realizar aquellas operaciones que a él no le corresponde ejecutar, y que pueden impedir el derrumbamiento de un edificio o que las aguas invadan los terrenos defendidos por un dique (1).

Puede modificar la condición jurídica de la cosa la falta de actividad del usufructuario, con independencia de los actos de tercero; así, v. gr., por el no uso de las servidumbres pertenecientes al fundo usufructuado (2), por la prescripción de los créditos comprendidos en el usufructo, es responsable de las consecuencias del desuso (3) y responsable de no haber interrumpido la prescripción. Si el crédito usufructuado estuviese garantizado legal o contractualmente con una hipoteca, debe cuidar de que se inscriba, y cuidar también oportunamente de su renovación. El usufructuario de una renta

---

cuando el principio resultante de la larga enumeración que contiene es idéntico al que da, en forma concisa, el art. 1.588. Pero, vistas las antiguas discusiones respecto al caso de incendio, no hubiera sido conveniente, ni bastante, callar para considerarlo comprendido en la regla general (a).

(a) [El Cód. esp., a diferencia del francés y del italiano, nada dice acerca del caso especial de incendio de la finca arrendada, por lo que parece que regirá sobre el particular la doctrina general relativa a la responsabilidad del arrendatario.]

(1) V. DUMOULIN, *Sur la coutume de Paris*, t. 1, § 1, gl. 8, n. 70 (cit. por PROUDHON, 1.672).

(2) ULP., 15, § 7, *de us.*, VII, 1: *et si forte (servitutes) fuerint non utente usufructuario amissæ hoc quoque nomine tenebitur.*

(3) A mi juicio, respondería también en caso de abandonar la posesión de un fundo, o de una parte de él, que estuviese en camino de usucapir la persona a nombre de quien posee.

perpetua, el del dominio directo, está en el deber de obtener cada veintinueve años un documento acreditativo del reconocimiento de su derecho; el usufructuario de una patente debe pagar el correspondiente canon anual y proceder a practicarla para impedir su caducidad. Y con mayor motivo sería responsable si en vez de omitir la actividad encaminada directamente a dejar a salvo la condición jurídica de la cosa, él mismo realizase un acto en su daño; como si restituyese, p. ej., el documento de crédito sin haberle sido satisfecho (1).

Por otra parte, el acto de un tercero puede amenazar con una alteración de la condición jurídica de la cosa, y el usufructuario es responsable si diligentemente no reobra contra la usurpación (2), o si oportunamente (3) no avisa al propietario para que tome la defensa de sus derechos, atajando la perturbación posesoria o el ejercicio abusivo de una servidumbre. Asimismo responde de los hurtos que hubiera podido impedir una cuidadosa vigilancia si se trata de frutos que habían de pertenecer al propietario, y con mayor motivo está obligado a la custodia para evitar la sustracción de los bienes muebles objeto del usufructo.

El usufructuario no está obligado a asegurar la cosa usufruc-

---

(1) Un acto jurídico realizado con exceso de facultades, y disponiendo de los derechos en que sólo le corresponde el disfrute, no perjudica estos derechos; y por eso carece de eficacia la remisión del crédito que haga el usufructuario, y también la renuncia al derecho de prelación correspondiente al señor del dominio directo que haga el usufructuario de éste en el acto de reconocer al nuevo posedor enfitéutico, o en otra hipótesis semejante (Apelación Palermo, 11 de abril de 1890, *Giur. ital.*, 1890, 2, 180); y el usufructuario sería, además, responsable de los gastos del litigio que pudiera necesitarse para la declaración de la ineficacia de tales actos.

(2) ULP., 1, § 7, *usufruct. quemadm.*, VII, 9: *si forte fructuarius, eum possit usucapionem interpellare, neglexit.*

(3) El art. 1.587 declara responsable al arrendatario si no avisa diligentemente de las usurpaciones al arrendador; modifica así su concordante francés (1.768) que señala taxativamente un plazo para la eficacia de la denuncia. Es exacta la opinión de que este término no puede ampliarse a la obligación de avisar impuesta al usufructuario; según nuestro Código, queda una cuestión de hecho; la de si hubo o no negligencia en hacer dicha denuncia, tanto cuando se trata del inquilino como cuando se trata del usufructuario: v. PACIFICI-MAZZONI, 611, nota (a).

(a) [El Cód. esp. coincide en este punto con el italiano. V. el art. 1.559.]

tuada contra el incendio y demás riesgos (1). Esta obligación no puede imponérsele sin un precepto legal expreso, que al propio tiempo habría de hacer partícipe al propietario de los beneficios de un seguro contratado por el usufructuario en su propio nombre (2). A falta de asignar legalmente la representación del dueño al usufructuario en la celebración del contrato de seguro, claro está que se halla facultado el usufructuario para asumirla y asegurar la cosa por cuenta de su dueño (Código de Comercio, art. 421); pero si no lo ha hecho, en caso de siniestro, él únicamente podrá ejercitar los derechos existentes a su favor y en contra del asegurador, dentro de los límites del daño que haya sufrido por la privación sobrevenida en el disfrute a causa del accidente; pues lo que de ello rebase cae fuera del contrato de seguros, que es esencialmente un contrato de indemnización (3) (a).

324. Conservación es la actividad dirigida a mantener la cosa en su destino específico, en sus aptitudes para producir utilidad (4).

---

(1) Esta es la doctrina corriente: LAURENT, VI, 530; AUBRY y RAU, § 231, n. 9.

(2) Como lo hace el § 1.045 del Código alemán, que limita esta obligación al caso en que «el seguro corresponda a las exigencias de una economía usual»; en él se atribuye al dueño una acción directa contra el asegurador, y al propio tiempo obliga al usufructuario al pago de las primas si la cosa estuviese ya asegurada al comenzar el usufructo. Cfr. J. GIERKE, *D. Versicherungsvertrag b. Niessbr. i. B. G. B.* en los *Jahrb. f. Dogm.*, XL, 341.

(3) En tal sentido, VIVANTE, *Contratto di assicurazione*, t. I, n. 346, contra la doctrina que sin exigir que el contrato de seguro se haga por cuenta del interesado, llama al usufructuario y al propietario a beneficiarse de él en proporción de sus intereses respectivos. V. *supra*, ps. 132-133. VIVANTE, sin embargo, contradiciendo esta acertada teoría, en otro lugar (número 64) ha deslizado la opinión de que el usufructuario, «como cualquier otro administrador», puede ser responsable por no haber asegurado la cosa.

(a) [Téngase en cuenta el art. 518 del Cód. esp., y con respecto a la viudedad aragonesa, el art. 72, obligac. 1.ª, del Apéndice foral.]

(4) Por ello se distinguen claramente en las cosas corporales la obligación de conservar y la obligación de custodiar (V. *supra*, p. 514); la custodia, dirigida a impedir las modificaciones todas de la condición jurídica, absorbe en sí el concepto de la conservación de los derechos. Pero al usufructuario de un derecho compete concurrir a la conservación de la cosa sobre la que su derecho recae (usufructo de un derecho enfitéutico), o de la que goza en virtud del derecho (usufructo de un arrendamiento), o que viene a obtener (usufructo trasladado sobre el objeto de la prestación), y, particularmente, el usufructuario de

Conservar, no aumentar; y por ello el punto de partida para determinar las obligaciones del usufructuario, es el estado en que se encuentre la cosa al comenzar el usufructo (1). Si aquélla se encuentra ya deteriorada en dicho instante y con relación a una fecha anterior; si en lo que se ha considerado su destino económico específico, constitutivo de la sustancia, han sobrevenido modificaciones tales que este destino, aunque continúe realizándose, presenta una utilidad menor que la que tenía originariamente, el usufructuario, que sólo tiene derecho a la renta que dé la cosa en las condiciones en que la halla, no puede quedar sometido a la obligación de satisfacer los gastos necesarios para reponerla en su condición originaria y aumentar su renta o valor, ni tampoco tiene el deber de contribuír a los desembolsos que con tal objeto quiera hacer el propietario.

Estos gastos no serían de conservación, sino de mejora con respecto al estado en que la cosa se encuentra; de mejora que no altera la sustancia, y que no está el usufructuario obligado a hacer en caso alguno, si bien es libre de hacerlo pero soportando él mismo y por entero la carga. El propietario, en cambio, no es tan libre para hacerla, salvo el caso de reparaciones necesarias para evitar el riesgo de mayores daños, o de pérdida de la cosa; y salvo también el caso de cualquiera otra reparación que el propietario pudiera hacer, no ya sin perturbar el goce del usufructuario, sino sin inmiscuirse siquiera en su posesión, como sucedería si, por no haberse afianzado, se hubieran arrendado los inmuebles o puesto en administración los bienes, o el usufructuario, por no tener la posesión, careciera de derecho para rechazar cualquiera ingerencia extraña (2).

La actividad conservadora puede requerirse: 1.°, para precaver o para impedir las modificaciones que naturalmente experimenta la

---

un establecimiento mercantil o industrial necesita ejercitar una actividad distinta de la mera custodia para conservar la organización del conjunto, del cual depende su función productiva.

(1) Al comenzar el usufructo, y no en el momento en que se posesiona el usufructuario (v. el número siguiente). De la conservación de la cosa entre estos dos momentos, el heredero propietario le responderá al legatario del usufructo; pero lo hará a causa de la vocación hereditaria, y en éste, y en otros casos, por título diferente al vínculo entre propietario y usufructuario. Salvo las diversas obligaciones que le imponga el título, esa responsabilidad no implica la obligación de sostener, sino de anticipar los gastos a cargo del usufructuario, contra el cual podrá repetirlos íntegramente.

(2) V. *infra*, ps. 529-530.

cosa con el transcurso del tiempo, aun independientemente de su destino en una cualquiera función productiva; 2.°, para impedir las modificaciones que sufra por el transcurso del tiempo y como consecuencia del uso a que esté destinada; 3.°, para impedir las modificaciones que pueda sufrir la cosa debidas a un caso fortuito; 4.°, las que sufra a virtud de actos de un tercero; 5.°, las que sufra por haberla usado el usufructuario contrariamente a su destino, o por otro cualquier hecho suyo doloso o culpable.

Prescindimos desde luego de las modificaciones del grupo último, constitutivas de un incumplimiento de la obligación de usar la cosa conforme a su destino, o que llevan consigo la responsabilidad aquiliana del usufructuario. Los gastos necesarios para impedirlas, sea cualquiera su importancia y en la medida del daño que puedan producir al propietario, corren siempre y por completo a cargo del usufructuario responsable (1). Acerca de la primera clase es de notar que el concepto de conservación resulta más amplio que el de reparación (2); en él están comprendidos, con efecto, los gastos de alimentación de los animales (3), del cultivo de los fundos (4) y todos los que sean necesarios para mantener en buen orden un establecimiento mercantil o industrial (5).

Considerando ahora en su unidad y englobadas la primera y la segunda clase (6), puede afirmarse en general que incumben al usufructuario *los gastos de entretenimiento necesarios para conservar la producción de la cosa durante un espacio de tiempo limitado, pero que no traspase la duración de la vida humana;* caen fuera de

---

(1) PROUDHON, 1.619; DEMOLOMBE, X, 555; AUBRY y RAU, § 231, número 10 bis.

(2) *Reficere est quod corruptum est in pristinum statum restaurare:* ULP., 1, § 6, *de rivis,* XLIII, 21.

(3) ULP., 15, § 2, *de us.,* VII, 1; GAYO, 45, *eod.*

(4) *Agrum proscindere, vites, arbores adserere:* ULP., 7, § 8, 13, § 2, *de us.,* VII, 1. Según PROUDHON (1.475), puede el usufructuario de tierras de sembradura abstenerse de cultivarlas, dejándolas en barbecho por más o menos tiempo, porque esta falta de cultivo no menoscaba el fundo ni perjudica al propietario. Pero la falta de cultivo, aunque sea temporal, de un fundo en la forma en que se venía practicando, constituye un cambio en el destino específico del fundo, y justifica la condena del usufructuario, no sólo porque arrebata al dueño la esperanza de adueñarse de la cosecha, si el usufructo cesa antes de ésta, sino porque normalmente empeora las condiciones físicas del predio.

(5) V. *supra,* ps. 414 y ss.

(6) V. para las otras dos el n. 326.

las obligaciones a que está sujeto, *las exigidas para conservar en la cosa el origen de renta, y, mediata y secundariamente, por un tiempo indefinido, la renta misma.* Justifícase la obligación de atender a las primeras, porque constituyen una condición para su disfrute; si el propietario las sufragase, y merced a los actos y sacrificios de él se posibilitara el goce del usufructuario, éste se enriquecería indebidamente y carecería de fundamento aquel aumento patrimonial resultante de lo que el propietario hubiera agregado a la cosa, ya que su derecho recae sobre ésta en el estado en que la recibió. Por otra parte, si para seguridad de su renta gastase en la cosa de suerte que los efectos del gasto se prolongasen más allá de su posible disfrute, quedaría indebidamente enriquecido el dueño; y no es suficiente fundamento para el aumento patrimonial del propietario la voluntad de atender al propio interés mediante obras que incrementen juntamente su interés y el del dueño.

Para explicar la distinción propuesta, conviene notar que la determinación específica dada a la cosa, señala ya tanto el concepto de *renta* como el de *conservación.* Si la cosa se destina a repetir utilidades decrecientes en una cierta medida y por un espacio limitado de tiempo, corresponde a su conservación aquello solamente que sea necesario para impedir un decrecimiento más rápido o una más inmediata extinción de las utilidades. La conservación de los animales, cuyo destino económico está subordinado a la limitación natural de su vida, se reduce a su alimentación y a los cuidados higiénicos y terapéuticos necesarios para mantenerlos en buena salud. De igual suerte, la conservación de las cosas que según la ley «se deterioran poco a poco con el uso», queda reducida a aquellas reparaciones que, según su diferente naturaleza, son usuales y corrientes (1), porque a diferencia de las alteraciones que experimentan con el tiempo y con el uso todas las cosas, la perspectiva de su deterioro está comprendida en el destino económico que han recibido, y si no fuera posible materialmente evitarlo con reparaciones superiores a las normales, al atenderlas se iría contra el propio destino de tales bienes.

La distinción propuesta la sugiere la definición dada por ULPIANO de las expensas a cargo del marido, para oponerlas a las que, siendo necesarias para utilidad perpetua de las cosas dotales, disminuyen la dote que se ha de restituír (2). Deduzco de la definición

(1) PROUDHON, 1.726.

(2) *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilita-*

de ULPIANO el concepto de la función de las expensas, pero modificado conforme lo exigen las normas legales vigentes, que incluyen en las expensas a cargo del usufructuario aquellas que la Costumbre de París llama *réparations viagères,* cuyo efecto se limita a la vida humana (1), en tanto que los textos romanos sólo imponían al usufructuario aquella *modica refectio* que no atiende sino a la próxima percepción de las rentas (2). No hay que entender tampoco que deba esperarse de los frutos futuros la compensación de los gastos ya hechos o que sean indispensables para mantener el poder productivo de los bienes usufructuados: los frutos obtenidos y los que se puedan obtener de la cosa compensan la obligación, nacida con el derecho a los frutos, de soportar el gasto cuando éste surja (3).

---

tem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum: ULP., 3, § 1, *de imp. in res dot.*, XXV, 1. Importa poco que la definición sea genuina de ULPIANO, o de los compiladores, como pretende RICCOBONO, *Distinzione delle impensae*, ya citado; lo que importa es que no carece de un contenido, como él sostiene.

(1) LAURENT (VI, 538-540), equivocadamente, afirma que la Costumbre de París llama vitalicias a las que el Código de Napoleón denomina *grosses réparations* (reparaciones extraordinarias). El art. 662 de dicha Costumbre, en el título *Du douaire* dice: *La femme qui prend le douaire est tenue d'entretenir les héritages de réparations viagères, qui sont toutes réparations d'entretenement, hors les quatre gros murs, poutres et entières couvertures et voûtes.*

(2) PROUDHON (1.703) dice que en este concepto van comprendidas aquellas reparaciones pequeñas, y de simple entretenimiento que debe hacer el arrendatario (arts. 1.576, 1.604); pero la obligación de tales reparaciones de mera conservación, no se impone al arrendatario sino para liberar al arrendador (v. los términos del art. 1.576) de los deberes de conservación que pueden agravarse comúnmente por la forma de disfrute del inquilino; y de todas maneras resulta de menor importancia que la *modica refectio* a que estaba obligado en Derecho romano el usufructuario.

(3) Parece, en cambio, que precisamente se refiere a la compensación de los gastos por medio de las rentas futuras, aquel pasaje de NERACIO en que se dice que entre los gastos necesarios hay algunos cuyo reembolso ofrece la cosa misma a quien tiene el disfrute temporal de ella; reembolso representado por lo que percibiría de menos el titular si no gastase antes lo que se requiere. *Quod dicitur impensas, quæ in res dotales necessario factæ sunt, dotem deminuere ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumptu*

El usufructuario recibe la cosa en un cierto estado y dotada de una cierta potencia reditual; bien por el transcurso del tiempo, bien por efecto del uso de ella, puede alterarse y disminuír tal potencia; y él está obligado a reponer la cosa a su estado anterior, porque tiene derecho a los productos; es decir, tiene derecho a los rendimientos correspondientes a la potencia reditual originaria en cuanto que está obligado a mantenerla, siempre dentro de los límites necesarios para asegurar la obtención *temporal* de esos productos; y no está obligado a aquel restablecimiento o reintegración de los bienes que exceda de los límites de tal necesidad y que tenga por objeto asegurar la persistencia *indefinida* de los productos.

PETRAZYCKI (1) quiere sustituír con el de la periodicidad de los gastos el criterio funcional expuesto en la definición de ULPIANO *(ad perpetuam utilitatem—ad utilitatem præsentis temporis—ad* o *in præsentis anni fructum):* los gastos que periódicamente deben sostenerse, gravan los frutos que se recogen periódicamente también. Como criterio complementario es aceptable; pero no en otra forma, porque hay gastos cuya renovación periódica no es fácil prever, y que, sin embargo, y por producir efectos limitados a un cierto espacio de tiempo, deben estar a cargo de quien puede tener el uso de la cosa durante ese tiempo. Menos aún puede tal sistema ser admitido para interpretar nuestras leyes, que amplían la obligación del usufructuario a todas las reparaciones cuyos probables efectos no rebasen la vida del hombre. De todas suertes, el período de los gastos y el de los frutos son independientes uno de otro; los gastos que incumben al usufructuario son gastos que normalmente se repiten, pero se repiten a intervalos distintos de aquellos en que ocurre la percepción de los frutos.

Por lo demás, la correlación *jurídica* entre el derecho a la renta y los gastos de conservación no está subordinada a una correlación *económica* que los imponga al usufructuario en cuanto sean deducibles de los productos. No sólo es posible que en un determinado

---

debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quævis modica ædificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim hæc in specie necessarium impensarum sunt, sed ipsæ res ita præstare intelleguntur, ut non tam impensas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. Congruentes con el fundamento así dado a la obligación de las expensas, son las resoluciones mencionadas más adelante en la nota 1 de la pág. 535.

(1) *L. v. Einkommen,* I, § 11.

período de tiempo sean inferiores los ingresos a los gastos realizados (1), sino que puede también ocurrir que los gastos globales de sostenimiento durante todo el usufructo sean superiores a las rentas del usufructuario (2).

Aunque la letra de la ley, al imponer al usufructuario las reparaciones ordinarias, define por exclusión cuáles sean éstas en los edificios y otras obras permanentes existentes en el fundo, enumerando de modo taxativo las reparaciones extraordinarias, no estará de más que investiguemos un criterio general adecuado para distinguir las unas de las otras y para explicar al mismo tiempo el fundamento que tenga la distinción. El cual criterio no servirá sólo para señalar las obligaciones de conservación que incumben al usufructuario respecto a los distintos objetos considerados expresamente por la ley, sino que facilitará la aplicación de la misma norma taxativa enunciada por ésta respecto a los edificios, especialmente en lo que se refiere a señalar los momentos en que nace y se extingue la correspondiente obligación. Los artículos 502 y 503 (3) estatuyen que el usufructuario no está obligado a la conservación extraordinaria, y que si él o el propietario espontáneamente la hacen, el propietario o el usufructuario, según los casos, respectivamente, están obligados a contribuír a ella en razón y dentro de los límites del enriquecimiento que le reporte a uno u otro. El 503 (a) dispone que el propietario podrá exigir el concurso del usufructuario, e indica que tal participación será proporcional, obligándole a satisfacer durante

---

(1) MARCIANO, 41, § 1, *de us.*, VII, 1.

(2) Ha parecido contrario a esta afirmación el principio, estudiado ya, en virtud del cual el usufructuario del rebaño está obligado a sustituír con nuevas crías los animales muertos, hasta completar así la cantidad primitiva de cabezas que el rebaño tenía en un principio (v. *supra*, n. 286), y, por consiguiente, la obligación de reemplazar reses no afecta a los productos ya percibidos; pero véase el n. 326, *in fine*.

(3) El Código francés carece de disposición equivalente a estos dos artículos, y deja en duda si realizadas por el usufructuario *les grosses réparations* que son de cargo del propietario, podrá aquél ejercitar la acción de gestión de negocio o la de enriquecimiento injusto. Optan por la primera solución: PROUDHON, 1.695, y LAURENT, XI, 550; y por la segunda: DEMOLOMBE, X, 593; AUBRY y RAU, § 235, n. 7; y se discute también si, realizándolas el propietario, podrá pretender algo frente al usufructuario. (Lo niega PROUDHON, 1.607; lo reconoce MARCADÉ, ad arts. 605, 607, II: vacila DEMOLOMBE, X, 596).

(a) [Cfr. art. 502, párr. 1.° del Cód. esp.]

el usufructo los intereses legales de las cantidades invertidas (1). El artículo 502 (a), de un modo análogo, dispone que si a esos gastos atiende el usufructuario, no se impondrá al propietario el pago de los intereses legales que su importe devengue durante el usufructo, pero que el usufructuario podrá exigir el reembolso de la cantidad invertida al terminar el usufructo, aunque limitada al valor que tengan las obras subsistentes en aquel momento (2).

El derecho de usufructo puede incorporarse a una relación entre usufructuario y propietario que obligue al primero a velar por la conservación de los bienes, y, por consiguiente, a atender a todos los gastos de conservación ordinaria y extraordinaria; tal es el caso del usufructuario legal (b). El padre usufructuario no tiene, sin embargo, la obligación de atender con sus medios propios a los gastos extraordinarios de conservación, aunque sea reservándose el derecho a ser reembolsado por el hijo; incurre en responsabilidad si descuida tomar las iniciativas debidas para la conservación extraordinaria, pero puede pedir autorización al Juez para vender o dar en garantía los bienes del hijo, a fin de procurarse fondos con aquel objeto. Y lo mismo puede decirse respecto al marido administrador de los bienes dotales. A su vez, el título constitutivo del usufructo puede en diversas formas modificar, restringir o ampliar las obligaciones del usufructuario. Como todos los preceptos legales respecto a las

---

(1) Esta determinación modifica el criterio del enriquecimiento, con lo cual, aunque lo construído perezca durante el usufructo, no se exime el usufructuario de satisfacer los intereses. En contra, PACIFICI-MAZZONI, n. 559.

(a) [Cfr. art. 502, párr. 2.° del Cód. esp.]

(2) El usufructuario queda expuesto completamente al riesgo del caso fortuito si la obra de reparación realizada se destruye o deteriora; ha reconstruído un dique, la corriente lo derrumba: el propietario no tiene ninguna obligación de reembolsar. Me parece inútil agregar que si la obra, por el encarecimiento de los materiales o de los jornales, vale al extinguirse el usufructo más que cuando la hiciera el usufructuario, no se puede aprovechar éste de tal aumento de valor, porque sólo se trata de reembolsarle de cuanto pagó él y se ha incorporado al patrimonio del dueño. Sin embargo, si, por efecto de tal encarecimiento, el valor de la obra subsistente al terminar el usufructo es igual a los gastos hechos para ésta y para otras que no subsistan ya, o para otras cuya utilidad no perdura, el derecho del usufructuario se limita al reembolso de los gastos hechos para aquellas que todavía conservan valor y utilidad.

(b) [El Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón impone al sobreviviente, sea legal o universal la viudedad, el deber de hacer las reparaciones *ordinarias* o *extraordinarias* (art. 72, oblig. 1.ª).]

obligaciones del usufructuario, tienen éstos un carácter exclusivamente supletorio del título respectivo (art. 476) (a); y la ley aplicable para fijar la extensión de las obligaciones, es la vigente en el momento de constituirse el usufructo (1): las normas dictadas posteriormente con igual carácter supletorio de la voluntad de los particulares, no pueden alterar los vínculos establecidos por virtud de esta voluntad, corroborada por las reglas que eran supletorias de la misma en el momento de crearse el usufructo.

Del hecho de constituirse éste a título oneroso, no se deduce modificación alguna de las relaciones entre usufructuario y propietario: el que enajena el usufructo de un fundo, responde mediante la acción redhibitoria de aquellos vicios de la cosa que pudo haber ignorado el comprador, no de los que pudo conocer, y menos aún de los menoscabos sobrevenidos después de nacer el usufructo. Pero así como el título puede modificar las obligaciones del usufructuario, podrá también imponer al constituyente y a sus herederos obligaciones independientes de las relaciones corrientes entre usufructuario y propietario (2). En unas capitulaciones matrimoniales entregaba el esposo a la esposa el usufructo de una finca, dispensándola incluso de las reparaciones ordinarias y diciendo que éstas «quedaban a cargo del nudo propietario». Acerca de ello se ha resuelto que esa cláusula no obliga al nudo propietario a las reparaciones ordinarias, como no le obliga a las extraordinarias que quedan exclusivamente a su cargo, conforme al citado artículo 605 del Código francés (3). Comparto las dudas que LAURENT expresa sobre la exactitud de esta opinión, y sin seguir completamente la interpreta-

---

(a) [Cfr. el art. 470 del Cód. esp., y para la viudedad aragonesa, el art. 72, párr. 1.°, del Apéndice foral.]

(1) PROUDHON, 1.619. Cfr. GABBA, *Retroattività delle leggi*, p. III, I, II, c. VII, c. IX, § 6.

(2) PAULO, 46, § 1; PAP., 47, *de us.*, VII, 1. DEMOLOMBE (X, 597) y MARCADÉ (ad arts. 605-607, IV), sostienen que esa disposición no crea una obligación personal del constituyente y sus herederos, sino una obligación de la que podrá liberarse en todo tiempo el propietario abandonando el fundo. MARCADÉ invoca el art. 699 del Código francés, que corresponde a nuestro 643. Pero para admitir el derecho al abandono hay que dar, por otra parte, a la disposición una eficacia más amplia, e inducir de ella la constitución de una *obligación real* que grave a todos los que se sucedan en la propiedad. Si el constituyente y sus herederos son los únicos obligados, no puede dejar de reconocer que lo están incondicionalmente.

(3) Apel. Caen, 15 mayo 1850 (*Dalloz pér.*, 1852, 2, 282).

ción que él da al artículo 605 (1), sostengo que a la cláusula reguladora de la relación contractual no puede dársele el valor negativo que encierra el principio del artículo 605, el cual afecta sólo a las obligaciones inherentes a la relación que crea el derecho real de usufructo entre su titular y el dueño (2).

325. Tanto la obligación de custodia como la de conservación, van directamente unidas a la adquisición del usufructo, en vez de asumirlas el usufructuario mediante la *cautio*, como sabemos ocurría en Derecho romano. No hay nada en la ley que someta el nacimiento de ellas a una condición o requisito ulterior, ni cabe admitir que estén subordinadas, como imaginan algunos escritores (3), al hecho de que el usufructuario adquiera la posesión. En el artículo 501 se habla de las consecuencias que lleva consigo la no realización de las reparaciones ordinarias «después de comenzado el usufructo», y en el artículo 511 se trata de la obligación de denunciar las usurpaciones que se cometan «durante el usufructo» (a). En nuestro Código, que atribuye al legatario los frutos que produzca la cosa desde el día de la apertura de la sucesión, y no desde que ha pedido y obtenido la entrega del legado, como dispone el Código francés (art. 1.014) (b), desaparece la base del argumento principal, a saber, el de que el entretenimiento sea una carga de los frutos y no puede por tanto quedar a cargo de quien todavía no se ha colocado en situación de recolectarlos. Pero aun con arreglo a la interpretación del Código francés, es inaplicable el razonamiento al caso de un usufructo constituído *inter vivos*, en que el derecho a los frutos resulta independiente de la puesta en posesión (4), o cuando por disposición testamentaria el legatario deba obtener los frutos antes de poseer (art. 1.015); además, *l'ouverture de l'usufruit* (artículo 605), de que arranca la obligación de sostener las reparacio-

(1) V. *supra*, p. 510, nota 1.

(2) LAURENT, VI, 542. DEMOLOMBE (X, 585) encuentra estrictamente jurídica la resolución.

(3) PROUDHON, n. 1.655; DEMOLOMBE, X, n. 554; LAURENT, VI, n. 546. En contra: DALLOZ, *Usufruit*, n. 522.

(a) [El Cód. español, con referencia a las cargas que se consideran gravamen de los frutos, dice que son de cuenta del usufructuario «todo el tiempo que el usufructo dura» (art. 504).]

(b) [Cfr. arts. 882 y 884 del Cód. esp.]

(4) AUBRY y RAU, § 238, n. 5.

nes ordinarias, es el momento en que se adquiere el derecho, no el en que se adquiere la posesión. Se aduce otro argumento: que no puede haber culpa por omitir una reparación cuando su necesidad la ignora el usufructuario por no poseer la cosa. El argumento no tiene valor (1), porque el que no haya culpa no implica que no haya obligación; la cuestión de la culpa surge en el momento de ejecutar, y no al constituír las obligaciones contractuales, las cuasicontractuales y las legales; por ello después de nacida la obligación y después de trabado el vínculo jurídico, puede no haber responsabilidad por incumplimiento. El usufructuario está obligado, en cuanto tal, a custodiar la cosa usufructuada y concurrir a su conservación; si no custodia, como si no conserva, no será responsable cuando pruebe que la falta procede de una causa extraña que no le sea imputable; aquí deben aplicarse el principio fundamental del artículo 1.225 (a) y el del artículo 1.224 (b) en lo referente a la medida de la culpa que origina su responsabilidad; y no constituye normalmente una excusa el que no se haya posesionado de los bienes. Tampoco puede eximirse de responsabilidad a causa de faltas

(1) PROUDHON, que lo aduce en el número 1.655, indica después (nn. 1.703 y ss.) que el heredero que haya ejecutado las reparaciones ordinarias antes de pedirle la entrega de los bienes el legatario del usufructo, tiene derecho a repetir contra éste los gastos realizados en su interés, siquiera a esta repetición le señale como fundamento (n. 1.715) el enriquecimiento injusto, no la gestión útil. Una razón excelente para la tesis aquí sostenida la proporciona PROUDHON cuando nota (1.711) que, excluída la repetición, el legatario, aplazando la petición de entrega, podría sustraerse a realizar las reparaciones que le parezcan gravosas. Pero para que pueda lograr de esta suerte arrojar la carga de las reparaciones ordinarias sobre el heredero, es necesario que de las realizadas por éste no responda sólo en los límites del enriquecimiento. Por último, PROUDHON (1.712) contrapone la posición del legatario puro y simple que se retrasa en pedir la posesión, a la del legatario *sub condicione*, y advierte que este último, como no puede pedir la entrega de los bienes *pendente condicione*, tampoco debe responder del reembolso de los gastos hechos en aquel intervalo por el heredero, que es quien tiene el derecho de disfrute; y al hacer las reparaciones ordinarias, cuida de sus propios intereses, no siendo *negotiorum gestor* de nadie. Es decir, que continuando el razonamiento, se contradice la premisa; si el heredero no es el *negotiorum gestor* del legatario bajo condición, lo es del legatario puro y simple; en el intervalo hasta la entrada en posesión corresponden a este legatario las reparaciones ordinarias, de las cuales no responde sólo a título de enriquecimiento injusto.

(a) [Art. 1.101 del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.104 del Cód. esp.]

en la custodia y conservación porque ignore la existencia del legado; el propietario puede haber contado con su diligencia, y considerarse dispensado legítimamente de ejercitar la propia para defender su cosa, ya que había quien debía saber que le estaba reservado el disfrute; característica común de todas las obligaciones legales es la de que puedan nacer ignorándolo el obligado; y según las circunstancias del caso, habrá que resolver si la continuidad de esta ignorancia excluye la imputabilidad por incumplimiento. De todas suertes, le incumbe una responsabilidad cuando, sabiendo que ha sido llamado, descuida ejercitar su derecho para no aceptar las correspondientes obligaciones, sin liberarse tampoco de ellas mediante una renuncia.

La cuestión expuesta atañe especialmente a la obligación de reparar y a la relativa a las cargas de la cosa. Podemos afirmar que existe la obligación de custodiar independientemente de la entrada en posesión, aun cuando sólo con ella surja la obligación de restituír. Puede decirse que incurre en falta de custodia quien no exige inmediatamente la posesión para poder ejercitar aquélla directamente. En cambio, no queda obligado personalmente el usufructuario a restituír sino desde el instante y por el hecho de posesionarse de los bienes.

De igual suerte que en cuanto adquiere el usufructuario el usufructo queda obligado a custodiar y conservar, deja de estarlo en el mismo momento en que se extingue su derecho y sólo entonces. Congruente con la premisa discutida—el que sea causa de la obligación, no la adquisición del derecho, sino el disfrute efectivo y la obtención de los frutos—es la afirmación, rechazable también, de que el usufructuario demandado por el dueño, pueda, restituyendo los beneficios obtenidos, librarse de toda responsabilidad por faltas de custodia y del deber de participar en los gastos de reparación. Puede, en efecto, liberarse, antes de transcurrir el tiempo de duración de su derecho, mediante la renuncia; pero como lo que rige es la fecha de éste, no le beneficia el desistimiento cuando, después de haber disfrutado, haga cuentas y vea que las cargas exceden del valor del disfrute.

326. La ley no distingue las reparaciones en ordinarias y extraordinarias según la causa que las motiva (a), sino para imponer

(a) [V., no obstante, el § 2.° del art. 500 del Cód. esp. Este atiende a la causa de las reparaciones para fijar su condición de ordinarias o extraordinarias. Ordinarias son aquéllas cuya necesidad procede del uso de la cosa. Extraordi-

al usufructuario la obligación de que provea, a sus expensas por completo, a aquellas reparaciones extraordinarias «causadas por el incumplimiento de las reparaciones ordinarias» (art. 501) (a); la causa aquí es un incumplimiento de obligaciones que forman parte del grupo 5.° de la clasificación propuesta en las págs. 521-522, y los gastos de reparación extraordinaria son una forma especial que asume la sanción común del resarcimiento del daño y que tiene por supuesto la imputabilidad del incumplimiento (1). Nos queda por examinar si han de aplicarse reglas distintas de las expuestas cuando se trate de modificaciones que se deban a caso fortuito o actos de un tercero, es decir, el tercero y el cuarto grupo de aquella clasificación. Y previamente puede también preguntarse si hay razón para distinguir éstas de las causas de modificación incluídas en el primer grupo, ya que el solo transcurso del tiempo no es causa posible de alteración de la cosa, sino un hecho que ocurre en el tiempo y que, si no origina la responsabilidad del usufructuario, originará la responsabilidad de un tercero, o no originará la responsabilidad de nadie.

Yo creo justificada teóricamente la distinción entre *los hechos pertenecientes a la serie normal de aquellos que en la marcha del tiempo pueden influír sobre el estado de las cosas, y los hechos que representan una desviación de esta serie, o sea una anormalidad* (2).

---

narias, las exigidas por los desperfectos y desgastes provenientes del tiempo y de los elementos (SCAEVOLA, ps. 1.037 y ss.).]

(a) [Aunque no hay precepto equivalente en el Cód. esp., es indudable, como dice MANRESA, que si por dejar de cumplir el usufructuario la obligación que le impone el art. 500, sobrevienen mayores daños a los bienes, que exijan después reparaciones extraordinarias, será de él la responsabilidad (páginas 486 y 487).]

(1) Así, por ejemplo, si un boquete en un dique ha sido el principio de su derrumbamiento total, cuando entre el instante de abrirse la brecha y el en que ocurrió el derrumbamiento ha transcurrido un espacio de tiempo demasiado corto para que el usufructuario, a pesar de toda la posible diligencia, y mientras la corriente aumentaba, pudiese proveer a cerrarla; en este supuesto no es responsable de la destrucción (PROUDHON, 1.620), y en los límites indicados el propietario debe participar en los gastos de reconstrucción que el usufructuario emprenda; y si los realiza el dueño, su participación queda limitada a satisfacer el interés legal de lo gastado.

(2) La distinción la hacen algunos escritores franceses: GENTY, 220; AUBRY y RAU, § 231, n. 20; LAURENT, VI, 551, fundados en el art. 607, que dice: *Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est*

El deterioro que experimenta un edificio a virtud de los efectos corrientes de los agentes atmosféricos, no puede equipararse al provocado por un rayo o un terremoto, y en uno y otro caso, excluída la responsabilidad del usufructuario, podrá recaer el daño tanto sobre éste como sobre el propietario, proporcionalmente al interés que tengan en la conservación de la cosa; y en esta proporción estarán igualmente obligados a soportar el daño causado por el hecho culpable o delictivo de un tercero, cuando no puedan beneficiarse de la responsabilidad en que haya incurrido éste; si la responsabilidad del tercero carece de sanción eficaz, para los dañados entra dicho acto en la categoría del caso fortuito. Cuando las modificaciones causadas por actos anormales sólo puedan evitarse con ciertas obras cuya eficacia exceda de la necesidad de asegurar la continuación temporal de la producción que podía dar la cosa antes de ser modificada, el daño repercutirá en el propietario y en el usufructuario por la alternativa en que cada uno a su vez se ha de encontrar, o de desistir de subsanarlo, o de proveer a él con reparaciones extraordinarias en que deberá participar el otro proporcionalmente a su interés. Si las modificaciones ocasionadas por los hechos anormales son susceptibles de subsanación mediante obras de eficacia temporal, deberá realizarlas el usufructuario; como ocurrirá también si modificaciones de ese alcance hubieran sobrevenido independientemente de toda normal previsión para la cosa usufructuada. El caso fortuito o el acto de un tercero que perjudiquen en estos casos el rédito y la utilidad próxima de la cosa, recaerán íntegramente sobre el usufructuario que de aquélla quiera continuar disfrutando: para obtener de la cosa la utilidad de que era al principio capaz, está evidentemente necesitado de restablecer la situación modificada, y no debe consentírsele que omita reparar y que se contente con

---

tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit, que, según ellos, excluye cualquiera clase de obligación por parte del usufructuario de realizar reparaciones ordinarias *(d'entretien)* debidas a caso fortuito. Otros (DEMOLOMBE, X, 587, 588) dicen que el 607 no hace sino reafirmar el principio de que el usufructuario no está obligado a las reparaciones extraordinarias que signifiquen una reconstrucción; pero no limita en modo alguno su obligación absoluta a todas las reparaciones ordinarias, cualquiera que sea la causa del deterioro. Cfr. en análogo sentido PROUDHON, 1.665, 1.668. El caso fortuito reaparece en nuestro Código en la regla del art. 505, acerca de la que deben verse *infra* las ps. 544 y ss. En cuanto a la vetustez de que habla el art. 607 del Cód. francés, véase *infra*, p. 541.

la menor utilidad que procura la cosa ya alterada; porque restituyendo al propietario dicha cosa modificada, arrojaría sobre éste la disminución de producto que ha originado el caso fortuito, y él quedaría disfrutando del derecho a los ingresos, y además porque el aplazamiento de las reparaciones podría agravar el deterioro y hacer que el daño recayese también sobre el propietario.

Pero en las razones mismas por las cuales en este caso se carga también al usufructuario la obligación de reparar, se observa la diferencia radical que media respecto a la hipótesis de menoscabos producidos naturalmente por el transcurso del tiempo, o sufridos por la cosa a consecuencia del uso a que está destinada (1.ª y 2.ª clase). La obligación aquí *nace en el momento en que aparece el derecho a la renta:* si se prevé que a contar desde aquel instante y en un cierto espacio de tiempo la cosa ha de alterarse, no se tiene derecho a los productos en aquel espacio de tiempo, sino a condición de efectuar las reparaciones cuando sea necesario. Por ello puede el usufructuario, renunciando al usufructo, liberarse de la carga de las reparaciones que sean necesarias en lo porvenir, pero pertenecen a las reparaciones que son necesarias mientras conserva el derecho al usufructo aquellas que exige un deterioro experimentado en este tiempo, bien producido naturalmente, o bien a consecuencia del uso de la cosa (1). En diez años de disfrute se ha estropeado el alero del tejado de la casa; el usufructuario que recibió ésta en perfecto estado de conservación está obligado a repararlo, haya o no podido prevenir el daño con continuas reparaciones y con sustituciones parciales. Renunciando al usufructo, y por tanto a los productos futuros, no puede liberarse de aquellas obligaciones que están compensadas con el derecho de que ha disfrutado. En cambio, si el alero estaba en perfecto estado de conservación y es destruído por un rayo o arrancado por un ciclón, debe sustituirlo el usufructuario si

(1) Contra esta tesis no puede argumentarse fundándose en el art. 549, que declara que el copropietario del muro puede eximirse de la obligación de contribuír a los gastos de su reparación o reconstrucción renunciando a su derecho, salvo en aquellos casos que tuviesen por causa actos suyos propios; porque el copropietario, como el usufructuario, tiene un derecho sobre la cosa, pero no un derecho subordinado al de los copropietarios; su obligación no está subordinada, sino que tiene por fundamento la comunidad de intereses; no está obligado, respecto a los demás, a disfrutar como un buen padre de familia y, por consiguiente, a deducir de la renta lo necesario y bastante para conservar la potencia reditual de la cosa con arreglo a su destino.

quiere conservar el usufructo. Pero ¿por qué ha de impedírsele que se libere de tal obligación, *que nace en el momento mismo de la destrucción*, renunciando a su derecho inmediatamente? En el momento en que nace la obligación sigue él investido también del usufructo; pero esta obligación reconoce por causa el derecho a la renta que haya de dar la cosa después del daño, y esto podrá ocurrir gracias a la reparación; no se basa en el derecho a las rentas vencidas, a las rentas que la cosa ha producido en los períodos fructíferos transcurridos desde que comenzara el usufructo. En cambio, si durante estos períodos, bien naturalmente o a causa del uso, sobrevinieran los deterioros, la obligación de repararlos, que nace con el derecho a la renta, reconocería por causa precisamente el derecho a las ya percibidas, puesto que el deterioro iniciado por el disfrute iba aumentando hasta el punto en que surgía la necesidad de repararlo.

La ley no desarrolla una subdistinción de las reparaciones ordinarias según que su necesidad resulte por el deterioro que las cosas sufran naturalmente o por efecto del uso, o bien sean necesarias a causa de una alteración imprevista y anormal; pero su letra no nos impide hacerla (a), porque no señala el momento en que surge la obligación de las reparaciones ordinarias, y la disposición general del artículo 501 necesita inexcusablemente que se complete señalando ese momento, para que no recaiga sobre el usufructuario la carga de aquellas que constituirían reparaciones encaminadas a limpiar la cosa de modificaciones sufridas antes que comenzara el usufructo. En dos pasajes de las fuentes (1) parece reconocerse, sin distinción alguna, la facultad de eximirse, mediante la renuncia, de la obliga-

(a) [En el Cód. esp. no cabe esa subdistinción, pues sólo las reparaciones del primer grupo merecen la consideración de ordinarias. El art. 500, párr. 2.°, exige para éstas una doble condición: que sean requeridas por los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas, y que sean indispensables para su conservación.]

(1) PAULO, 48; ULPIANO, 64, *de us.*, VII, 1. Quedaría negado así que el derecho del usufructuario vaya al nacer acompañado de la obligación de conservar y que en su virtud venga ésta a fijarse por las diversas fases del deterioro; prescindiendo de los deterioros ocasionados por actos propios, quedaría obligado a las reparaciones que debe hacer un diligente padre de familia, y a hacerlas en el momento en que éste las haría; por consiguiente, no estaría subordinado a la percepción previa de la renta el cumplimiento de la obligación, y la renta futura, no la percibida, sería la que compensase de los gastos a que está obligado. Esta decisión quiere relacionarse con el pasaje de NERACIO, citado en la p. 524, n. 3.

ción de hacer reparaciones ordinarias; por las consideraciones hechas, me parece justo (1) limitar esta resolución al caso de reparaciones por daños accidentales (a); quienes admiten la liberación del usufructuario también, o solamente (2), en cuanto a las reparaciones nacidas del perecimiento natural de la cosa, suelen exigir arbitrariamente que aquél restituya los frutos recogidos, y que se dé a la renuncia un efecto retroactivo; pero, a mi juicio, tal requisito es del todo caprichoso (3).

La solución defendida no tendrá gran aplicación en el caso de usufructo de cosas individuales, porque lo más frecuente es que el deterioro ocasionado por un hecho anormal exija una reparación extraordinaria; pero no hay que desconocer su perfecta equidad, por cuanto que no permite que pese sobre la renta percibida el accidente que sufrió la cosa; es, además, prácticamente conveniente, si se atiende a que la prueba de lo anormal del hecho que motiva la necesidad de la reparación habrá de hacerla el usufructuario que quiera liberarse con la renuncia. Desenvuelve, por otra parte, el régimen sentado para el usufructo de los rebaños, que puede ampliarse al usufructo de un establecimiento mercantil o industrial. Según he dejado expuesto, el usufructuario del rebaño sólo está obligado a sustituír los animales que perezcan hasta donde llegue la cantidad de los nacidos después que empezó a faltar el primitivo número de cabezas. Pero ¿por qué? Porque el rebaño es una universalidad or-

---

(1) Y acaso se justifica exegéticamente considerando que el *reficere* de los dos pasajes citados en la nota anterior presupone, no una degradación, sino la destrucción de alguna parte de la cosa; si no fuera obligatorio reparar más que en caso de destrucción, habrá de entenderse que ésta ha sido causada por un hecho repentino y, por consiguiente, anormal.

(a) [Como en Derecho español sólo son reparaciones ordinarias las que hace necesarias el uso de las cosas, es lógico que no se admita la facultad del usufructuario de eximirse de ellas renunciando al usufructo. V. SCAEVOLA, página 1.036.]

(2) Según que se considere o no obligado al usufructuario a las reparaciones o desperfectos fortuitos.

(3) En tal sentido, POTHIER, *Douaire*, 238; PROUDHON, 2.191; AUBRY y RAU, § 231, n. 21; LAURENT, IV, 547. Niegan por completo la liberación, mediante renuncia, de las reparaciones ordinarias que antes de ella han devenido necesarias por cualquier causa, MARCADÉ, ad a. 608; DEMOLOMBE, X, 577, 578, y PACIFICI-MAZZONI, 553.—DURANTON (IV, 623) sostiene una opinión intermedia: queda liberado si restituye los frutos recogidos después que han devenido necesarias las reparaciones.

gánica, económicamente destinada a aumentar y no a disminuír de número. Si el primitivo número de cabezas disminuye después de que, apropiándose las crías, el usufructuario haya sustituído las bajas (y será responsable si no ha procedido como debiera haberlo hecho un buen padre de familia), esto no pertenece al curso natural de las cosas; es más bien la consecuencia de un accidente, de que sólo responde con los productos futuros. Y en tanto que renunciando al usufructo podría eximirse de la sustitución, conservándolo queda obligado a la sustitución que quepa hacer con las nuevas crías del rebaño. Lo mismo debe decirse con respecto al usufructuario de un establecimiento mercantil o industrial. Valoradas prudentemente mercancías y créditos, la gestión se cierra con una utilidad: el usufructuario tiene derecho a hacerla suya. Si en el ejercicio siguiente hay pérdida (por depreciación de las mercancías o quiebra de los deudores), el usufructuario no está obligado a reponerla con el importe de los productos percibidos; puede eximirse de toda responsabilidad si renuncia al usufructo y restituye el establecimiento en las condiciones en que ha quedado a consecuencia de este déficit. Si conserva el usufructo, lo conserva con la obligación de destinar los productos futuros a la amortización del déficit, y facultado para apropiarse los ingresos únicamente cuando se amortice la pérdida.

327. Las reparaciones a que está obligado el usufructuario se pueden exigir desde el instante en que sean necesarias. El objeto de la obligación suya es la prestación efectiva de las reparaciones, y de ella no puede liberarse ofreciendo el precio que, previamente tasado, exijan las dichas reparaciones, y de esta suerte, echar sobre el propietario la carga de realizarlas (1); el propietario acreedor puede pedir y obtener autorización para ejecutarlas él mismo cuando el usufructuario no lo haga en un cierto plazo, y en el artículo 1.220 (a) encontrará el apoyo para la condena del deudor al reembolso de los gastos efectuados (2). Pero corresponde al usufructuario elegir la forma de realizarlas; facultad que templa el principio vigente para el cumplimiento de las obligaciones genéricas (artículo 1.248) (b) si no resulta determinada específicamente la índole de la reparación por la condición acreditada de la cosa, antes de pro-

(1) PROUDHON, n. 1.650.
(a) [Cfr. arts. 500, párr. último, y 1.098 del Cód. esp.]
(2) PROUDHON, n. 1.650.
(b) [Cfr. art. 1.167 del Cód. esp.]

ducirse la modificación, y por la posibilidad de reponerla. En general, no puede el usufructuario oponerse al requerimiento del propietario para que ejecute inmediatamente las reparaciones, y reservarse la facultad de ejecutarlas antes de que expire su derecho; el propietario puede tener un interés de momento en que las reparaciones se ejecuten, y cuando sea necesario, puede exigir el cumplimiento de la obligación al usufructuario. El artículo 516 (a), que le faculta asimismo para invocar la extinción del usufructo cuando puedan perecer los bienes por falta de las reparaciones ordinarias, no limita su intervención al caso en que haya peligro o sea éste inminente; y menos aún le priva de la facultad de pedir en este caso el cumplimiento de la obligación de reparar, en vez de pedir la extinción del usufructo (1). Para impedir que el ejercicio del derecho del propietario perturbe la autonomía del disfrute del usufructuario, es necesario además que juntamente con el derecho exista un interés actual en que se ejecuten las reparaciones, y debe rechazarse que exista semejante interés cuando se trate de reparaciones de escasa importancia, cuya ejecución pueda retrasarse sin perjuicio de la cosa, estando el propietario suficientemente seguro de la futura ejecución de las mismas (2).

(a) [No existe tal facultad en el Cód. esp., y sí sólo la derivada del art. 520. Por otra parte, el T. S. ha declarado que la falta de reparaciones no constituye el abuso grave a que se refiere dicho artículo (sent.ª 28 noviembre 1908).]

(1) DEMOLOMBE, X, 573.

(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.;* PACIFICI-MAZZONI, 551; contra toda atenuación al principio expuesto, LAURENT, VI, 543. Con mayor motivo se admiten atenuaciones análogas respecto a las acciones que, promovidas después del incumplimiento de la obligación de custodia, tienen por objeto el resarcimiento del daño. Para proponerlas el propietario, no debe aguardar a que termine el usufructo; para que su petición, consecutiva al acto de incumplimiento, lleve a la condena del usufructuario a realizar la prestación, y no a la garantía de un eventual resarcimiento, se necesita que concurran el incumplimiento y la actualidad del daño, y que el propietario pueda señalar el cómo y el cuánto del menoscabo patrimonial que ha experimentado por la falta del usufructuario. Cfr. POTHIER, *Douaire*, nn. 213, 220; PROUDHON, nn. 1.478, 1.479; LAURENT, VI, n. 533: éste indica un caso interesante resuelto por el Tribunal Supremo de Francia *(Dalloz pér.*, 1.868, 1, 156): los herederos propietarios, después de haber pedido la caducidad del usufructo por abusos del usufructuario, debido a que un mandatario de éste había sustraído una importante cantidad de títulos que se le habían confiado, y de no haber triunfado en su acción, pidieron, como resarcimiento de los daños causados por la falta de custodia, la restitu-

El usufructuario está obligado a restituír únicamente en el momento en que cesa el usufructo, y desde entonces comienza la prescripción de las acciones para que repare o resarza el daño derivado de no haberlas realizado a tiempo. Para justificar este principio, no hay necesidad de recurrir a una suspensión de la prescripción durante el usufructo. Tiene el usufructuario dos obligaciones distintas: la de cuidar de la conservación ordinaria y genérica de la cosa gozando de ella como un buen padre de familia, y la de restituirla tal cual la recibió, salvo las modificaciones a que esté expuesta naturalmente, y que dado su régimen económico no sean susceptibles de evitación (1). Al propietario que no ha querido ejercitar una indiscreta ingerencia en la gestión del usufructuario, y que, por tanto, se ha descuidado en defender la causa de la propiedad contra él durante el usufructo, le queda el ejercicio del derecho, nacido en el momento de la extinción del usufructo, de pedir la restitución de los bienes y exigir cuentas de la gestión; y con ello cambiará de forma el objeto de esa acción, pues ya que no pretender entonces que ejecute las reparaciones no pedidas a tiempo, cabrá que reclame el resarcimiento de los daños resultantes del conjunto de su gestión (2).

---

ción inmediata del valor de los títulos sustraídos. Durante el usufructo no podía afirmarse que la sustracción hubiese causado un daño al propietario. Lo mismo cabe decir acerca de la acción de resarcimiento nacida de modificaciones causadas por obra del usufructuario; véase igualmente *supra*, p. 513.

(1) Así, de un modo preciso, lo indica ULPIANO, 1, § 6, *usufr. quemadm.*, VII, 9; *habet autem stipulatio ista* (disfrutar como un buen padre de familia) *duas causas, unam si aliter quis utatur quam vir bonus arbitrabitur aliam de usufructu restituendo. Quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et sæpius committetur, sequens committetur finito usufructu.*

(2) Lo mismo puede decirse respecto al incumplimiento de la obligación de custodiar: el propietario podrá exigir el resarcimiento después de una violación que se haya descuidado de impedir el usufructuario; pero la responsabilidad de éste no disminuye porque transcurran treinta años desde la violación, si luego no restituye la cosa en las condiciones jurídicas en que la recibió. Algo muy distinto ocurre con la obligación de levantar las cargas inherentes al usufructo; el incumplimiento de este deber no impide que se cumpla el de restituír la cosa en el estado en que la ha recibido; y el propietario que haya satisfecho las contribuciones que el usufructuario estaba obligado a pagar, no podrá exigir el reembolso después de transcurridos treinta años; como tampoco podrá un dueño que haya satisfecho una carga sobre la finca, exigir los intereses después de transcurridos cinco años.

Las reglas expuestas se aplican tanto a las reparaciones ordinarias como a las extraordinarias derivadas de la no realización de las ordinarias después de comenzado el usufructo. Ya hube de exponer el principio de que el usufructuario no está obligado a sufragar los deterioros sufridos por la cosa antes de comenzar el usufructo. PROUDHON (1), a quien combate la doctrina dominante, separa las reparaciones ordinarias cuya omisión pueda producir mayores daños y hacer necesaria una reparación extraordinaria, y declara que al imponer al usufructuario la responsabilidad de su no ejecución después de comenzado el usufructo, la ley no distingue entre las determinadas por daños anteriores o posteriores al usufructo; ya que si el usufructuario no estuviese obligado, pudiendo el propietario carecer de interés para hacerlas, la constitución del usufructo sobre un edificio en mal estado sería condenarlo a la ruina. El que la ley no distinga expresamente las reparaciones por daños anteriores y posteriores al usufructo, no excluye que sea necesario distinguirlas, a fin de no dar una ampliación indefinida a la obligación del usufructuario, haciéndola desproporcionada al derecho que constituye su causa. Aquél, por lo demás, viene obligado a hacer las reparaciones conducentes a detener el deterioro progresivo después de comenzado el usufructo; y si éstas no fuesen posibles sin reparar los daños anteriores, habría siempre un interés bastante para la intervención del propietario; intervención que debe suscitar el usufructuario para prevenir la necesidad de tener que realizar después reparaciones extraordinarias más costosas; y si el propietario rehusara, una vez probada la necesidad de las obras, que aun no perteneciendo a la clase de las reparaciones extraordinarias, sirven para evitarlas en lo porvenir, y benefician juntamente a los titulares de la propiedad y el disfrute, si el usufructuario las realizase sin tener obligación adquiría el derecho al reembolso de los gastos dentro de los límites en que se enriqueciera con ellas el dueño (2).

(1) PROUDHON, 1.658 y ss.; en contra: TOULLIER, II, 431; DURANTON, IV 620; DEMOLOMBE, X, 572 y ss.; AUBRY y RAU, § 231, n. 19; GENTY, 216; LAURENT, VI, 544 y ss.

(2) V. también, más adelante, ps. 546-547. En apoyo de la tesis que niega este derecho a reembolso, DEMOLOMBE (X, 572 bis) y PACIFICI-MAZZONI (561) (aparte el caso en que resulten hechas las reparaciones en beneficio del disfrute, pues entonces no hay enriquecimiento del propietario), encuentran una razón *a fortiori* en la negativa del reembolso por mejoras. Pero ¿es que no hay razón para dar más favorable trato a los gastos hechos con vistas a la conservación que a los hechos para mejorar la cosa?

Puede hallarse confirmación en el texto del artículo 607 del Código francés (según el cual ni *le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté)*, al principio que exime al usufructuario de toda responsabilidad por menoscabos cuya causa sea anterior al usufructo. Con razón se ha observado (1), que la vetustez presupone deterioros producidos por una larga serie de años anteriormente al usufructo, aunque durante él hayan llegado a su extremidad, y por ello se contraponen a los deterioros que durante el mismo usufructo se hayan ocasionado por el goce del usufructuario y la acción natural del tiempo. No es, por tanto, superflua aquella disposición, ni contradice tampoco en lo relativo a la vetustez, o en lo que se refiere al caso fortuito, lo dispuesto en el artículo 605 al señalar la obligación de las reparaciones extraordinarias (2). Nuestro Código no la reproduce, y así, aunque frecuentemente el caso fortuito y la vejez implican la necesidad de reparaciones extraordinarias, queda libre el intérprete, por lo que se refiere a las ordinarias, de reconocer la ampliación de la obligación del usufructuario—como lo he hecho en los límites indicados—a aquellas que resultan impuestas por un caso fortuito ocurrido durante el usufructo, y puede negarlas en cuanto a las que hubieran de remediar los efectos de la antigüedad (3).

328. Después de señalar los principios generales relativos a la obligación de reparar, nuestro Código, como el francés, ha creído oportuno señalar qué reparaciones tienen el carácter de extraordinarias en los edificios (4) y otras construcciones permanentes existentes en los fundos, definiendo por exclusión como reparaciones ordinarias todas las demás, que por ello sería superfluo ir enumerando (a). Se declara que la enunciación hecha en el artículo 606, que tomó el Código francés de la Costumbre de París y de la jurisprudencia interpretativa de la misma, y que con ligeras variantes

---

(1) Aubry y Rau, § 231, n. 19.

(2) V. *supra*, p. 532, n. 2.

(3) V., más adelante, ps. 546-547.

(4) Lo mismo que para los edificios ha señalado (art. 1.604), supliendo la costumbre local, las reparaciones pequeñas de conservación que corren a cargo del arrendatario, art. 1.576.

(a) [Muy distinto es el sistema del Cód. esp., que, definiendo las reparaciones ordinarias, no hace enumeración ni determinación ninguna de las que hayan de considerarse como extraordinarias.]

reproduce nuestro Código en el artículo 504, señala limitativamente las reparaciones extraordinarias sólo de los edificios y demás obras permanentes que menciona (1), en tanto que para las reparaciones de otras cosas, y singularmente para las de naves y máquinas, hay que recurrir a una aplicación analógica de esta disposición, sin olvidar el criterio general distintivo que expusimos antes, cuando estudiamos el precepto, y que se obtiene del fundamento mismo en cuya virtud se impone al usufructuario la obligación de conservar.

Pocas observaciones se necesitan para esclarecimiento del artículo 504. Son reparaciones extraordinarias, en primer lugar las de las paredes maestras, esto es, las de los muros que sostienen el tejado y también las de aquellos otros que sin llegar a la altura completa del edificio sostienen las vigas y los pisos (2); pero sólo las reparaciones que implican la reconstrucción de una parte de las paredes, no como, ateniéndose a la letra del artículo, ha expuesto alguien (3), en contra de la constante interpretación de la antigua jurisprudencia francesa y contra el fundamento de la norma, también aquellas que atiendan al enlucido de las paredes (4). Como los muros maestros, así las bóvedas (bóvedas principales) desempeñan una función de sostenimiento y están destinadas a una indefinida duración, y las reparaciones que exige el tejado y la amenaza también de hundimiento de una pequeña parte del mismo, revisten el carácter de reparaciones extraordinarias; pero no el rehacer o reparar lo necesario a su revestimiento. El tercero y último caso de ruina parcial que exige reparación extraordinaria es el entramado; tanto, según la interpretación corriente (5), del entramado que descansa en las paredes maestras y sostiene los techos y suelos, como del que forma la armadura del tejado. Es reparación extraordinaria la sustitución de una viga sola, pero sin que se haya de atender a su grosor para resolver si un trozo de madera haya de calificarse de tal viga, pues todo consiste en el oficio que desempeñe de enlace con las paredes maestras y de apoyo de la parte superior del edificio, análogo al que

(1) AUBRY y RAU, § 231, n. 16.

(2) Es dudoso por ello que pueda considerarse perteneciente a las paredes maestras la prolongación más allá del tejadillo que forma el remate de la chimenea, como quiere PROUDHON, 1.639.

(3) DELVINCOURT, I, 150; TOULLIER, II, 326.

(4) PROUDHON, 1.626 y ss.

(5) PROUDHON, 1.638.

corresponde a la bóveda (1); en tanto que puede incluirse entre las reparaciones ordinarias el de ese mismo trozo de madera, si en vez de utilizarse en semejante función en una parte del edificio o en otro accesorio de pequeñas dimensiones, sirve de enlace entre una y otra viga y no forma parte del entramado, sino del pavimento, cuyo deterioro es de prever que se repita con intervalo de pocos años.

Constituyen otra clase de reparaciones extraordinarias aquellas requeridas, no por un daño parcial, sino por la ruina de la totalidad o de una parte principal de los techos o de los pavimentos que completan la armadura del edificio, y que, como las paredes maestras, las bóvedas y el entramado son susceptibles de larga duración, pero, a diferencia de éstos, exigen que se atienda a la reparación del desgaste producido por el uso y por los agentes atmosféricos. La reparación parcial de estos elementos constituye requisito indispensable para la conservación temporal de los ingresos; únicamente cuando por deficiencias de conservación antes del usufructo, o por un accidente, sobrevenga su total o cuasi total ruina, habrá de entenderse que su reparación excede a lo que exige la conservación de los productos e interesa directamente a la propiedad. La Costumbre de París y el Código francés incluyen entre las reparaciones extraordinarias únicamente las de las *couvertures entières*. Los intérpretes han ampliado el significado de esta frase, y dado que es muy raro que las deficiencias anteriores del deber de conservación, o un accidente originen ruina tal que no subsista parte alguna del tejado, incluyen entre las reparaciones extraordinarias la reedificación casi total (2). El Código ha acogido esta interpretación y aun la ha ampliado, considerando por un lado reparación extraordinaria la del tejado destruído en su mayor parte, o casi en totalidad, y por otro midiendo de la misma suerte que los techos los pavimentos, y cuanto cubra las divisiones interiores del edificio. Sería a mi juicio impropiamente aplicado el artículo 505 si se negase el carácter de reparación ordinaria a la reedificación del pavimento completo de un vano cualquiera que no constituya parte principal del edificio.

El Código francés agregó a la enumeración de las *grosses réparations* de la Costumbre de París, la *«des digues et murs de soute-*

---

(1) Nuestro Código dice sustitución, y el francés *rétablissement;* en ello no hay que comprender la atadura con zucho de hierro o los tirantes agregados a una viga para asegurar su comprometida estabilidad, como quiere PROUDHON, 1.630.

(2) PROUDHON, 1.636; DEMOLOMBE, X, 561, 563; LAURENT, VI, 538.

nement et de clotûre aussi en entier»; nuestro Código lo ha ampliado, a su vez, «a la refacción completa o de la parte principal de los diques, tabiques y muros de cerramiento»; y ha añadido «la renovación entera o de parte principal de los acueductos». Contrafuertes o tabiques distintos de las paredes maestras, son los que no tienen por objeto sostener el techo del edificio; son los que cuando no se trata de casas, sostienen un canal, o elementos complementarios, como por ejemplo los que sostienen una terraza, pero no la terraza misma que sirviendo de techumbre, viniera a hacer que la pared de sostenimiento adquiriera la cualidad de pared maestra. Prohibida la aplicación analógica en cuanto a la enumeración del artículo 504, no hay motivo para excluír la interpretación extensiva de los términos que indican las reparaciones singulares a las cuales se atribuye el carácter de extraordinarias, para incluír las diversas obras que arquitectónicamente tienen función idéntica a las que se han tenido expresamente en cuenta.

El artículo 505 aplica las disposiciones que, dejando en libertad al usufructuario y al propietario de atender a sus expensas a las reparaciones extraordinarias, aseguran al que las haga la cooperación respectivamente del propietario o del usufructuario cointeresado para la reconstrucción parcial del edificio que constituya un accesorio necesario del fundo usufructuado. Hay que distinguir claramente el caso de ruina parcial de un edificio (a que se refiere el artículo 505) del caso de menoscabo más o menos grave y de la ruina misma de uno o de algunos de sus elementos esenciales. No se puede hablar de ruina parcial del edificio sino cuando desaparezca una parte homogénea al todo, una parte que por sí misma tenga el carácter de edificio. En el segundo caso sólo puede verificarse la reparación del edificio; éste subsiste en toda su integridad y es susceptible de reparación mediante la reconstrucción o reparación de uno o más de sus elementos (1). En el primer caso no es el muro, o la bóveda, o el tejado, lo que se trata de reconstruír; es una parte del mismo edificio, y, por tanto, no debería hablarse de reparación, sino de reconstrucción. Por ello, si se prescinde de la norma estatuída por el artículo 505, no se extenderá al caso de reconstrucción parcial la obligación de concurrir el usufructuario o el propietario a las reparaciones extraordinarias que cualquiera de ellos empren-

(1) Todo esto no lo ve PACIFICI-MAZZONI (nn. 564 y ss.), que supone una contradicción, que no acierta a disipar, entre el art. 505 y los arts. 503 y 504 a que éste alude.

da; como no se ampliaría tampoco al caso de reconstrucción total de un edificio destruído. Y éste es el principio aplicable fuera del caso previsto en el 505, que rige cuando ocurre la destrucción parcial de un edificio, que forme por sí solo el objeto del usufructo. Éste se mantiene sobre lo que quede (art. 519) (a), y si el propietario quiere reconstruír la parte destruída, el disfrute del usufructuario se limitará a la parte subsistente; podrá el propietario beneficiarse utilizando para la reconstrucción el solar antes ocupado por la parte destruída y los materiales, pero pagando los intereses de su valor durante el usufructo (art. 520) (b). El usufructuario no podrá emprender libremente la reconstrucción para echar la carga de los gastos sobre el dueño, ni podrá exigir el propietario que contribuya el usufructuario a la reconstrucción entregándole el goce de la parte reconstruída, porque la destrucción parcial modifica de tal suerte las condiciones económicas de utilización de la cosa, que provoca la incertidumbre para uno y otro de si el sacrificio exigido por la reposición corresponderá al interés que ofrezca, y a cada uno debe permitírsele ser árbitro de valorar este interés (1).

Otra cosa muy distinta ocurre si el edificio destruído parcialmente es un accesorio del fundo; aquí el interés del usufructuario en reconstruír no es proporcional a la utilidad que podrá obtener de la parte de edificio reconstruída, sino a la que le pueda procurar el fundo por el servicio que rinda el edificio reconstruído; y por ello resulta oportuno aplicar el principio que, reconociendo su interés, hace de él el fundamento de la obligación del propietario de concurrir a los gastos efectuados; como para la propiedad del fundo hay, por otra parte, el mismo interés en alcanzar del edificio reconstruído los medios de continuar como antes el disfrute, que legitima la obligación recíproca de contribuír a la reconstrucción hecha por el usufructuario (2).

(a) [Art. 514 del Cód. esp.]

(b) [Art. 517 del Cód. esp.]

(1) Las condiciones y límites que impone el art. 505 al reembolso de los gastos de reconstrucción, vienen a remachar la privación del reembolso cuando se trata de gastos de nueva construcción (v. n. 290). El Trib. de Cas. de Turín (12 octubre 1887, *Giur. it.*, 1888, 139) se ha creído en el caso de afirmar que debe darse la categoría de reparaciones y otorgar derecho a reembolso en la hipótesis de reconstrucción de una casa destruída por un incendio antes de comenzar el usufructo.

(2) En la respuesta de SCAEVOLA que cita PAULO, 50, *de us.*, VII, 1, parece estatuída la obligación de participar el usufructuario en la construcción

329. Quiera o no quiera el usufructuario, es libre el propietario de ejecutar las reparaciones extraordinarias (y, en el caso mencionado ha poco, proceder a la reconstrucción), y sólo renunciando al usufructo puede aquél eximirse de concurrir satisfaciendo los intereses. De la redacción del artículo 503 (a), según el cual debe el usufructuario abonar los intereses si no quiere anticipar las cantidades necesarias y el propietario se resigna a ejecutar las reparaciones a sus expensas, haría mal en deducirse que sobre las reparaciones haya de mediar un acuerdo de voluntad entre usufructuario y propietario; si media, será para regular la relación completa entre ambos, y la participación del usufructuario podrá ser restringida o ampliada. Si no lo hubiere, el usufructuario que tiene un derecho de goce limitado no puede eficazmente impedir que se haga lo necesario para la conservación de cosa que no es suya; y el propietario no habrá de aprobar los gastos que el usufructuario haga, sino los gastos necesarios a su interés a consecuencia de su negativa a anticiparlos.

De la molestia o parcial privación que ocasione al usufructuario la ejecución de las reparaciones extraordinarias, no se deduce tampoco que haya de indemnizársele. Si la privación del goce sufrida durante más de veinte días por el arrendatario, a causa de reparaciones urgentes, le da derecho (art. 1.580) a pedir del arrendador reducción de la merced, ello se debe a la obligación que tiene el arrendador de asegurar el goce pacífico de la cosa arrendada, pero que no tiene parangón alguno en las relaciones entre propietario y usufructuario (1).

Si la carga que supone la conservación ordinaria de la cosa se viniera a aumentar a causa de alteración tan importante que exigiera una reparación extraordinaria, no puede obligarse al usufructuario a soportarla en la medida que fuera necesaria en caso de omitirse

---

ex novo de una casa *vetustate corrupta necessaria cogendis et conservandis fructibus;* así se ha interpretado en efecto (v. también PROUDHON, 1.719 y ss.), y esta interpretación ha influído seguramente en la redacción del art. 505. Pero la respuesta atiende a la relación del usufructuario *pro parte indivisa* con el propietario que se halla con él en comunidad de disfrute; una relación, por consiguiente, de comunidad y no de usufructo con propiedad. V. ELVERS, *Servitutenlehre*, § 53.

(a) [Cfr. art. 502 del Cód. esp.]

(1) PROUDHON, 1.723; DEMOLOMBE, X, 654-656; AUBRY y RAU, § 233, nn. 9-10; LAURENT, VII, 39.

dicha reparación extraordinaria; la necesidad de que, para conservar la cosa, se ejecuten reparaciones extraordinarias a que no está obligado, es un accidente de cuyas consecuencias puede librarse renunciando al usufructo. Pero de no querer hacerlo así voluntariamente, se expone a aquel daño mayor, cuando no prefiera anticipar los gastos de la reparación extraordinaria, y que le reembolse de ellos el propietario, al terminar el usufructo y en la medida en que éste se enriquezca con ella (a). El valor de las obras hechas que haya de constituír la base de semejante reembolso, comprenderá además el importe de aquellas otras que, consideradas en sí mismas, tendrían el carácter de reparación ordinaria y que han resultado necesarias al ejecutarse las de carácter extraordinario. No hay para qué investigar si se trata de simples accessorios de reparaciones extraordinarias, como ocurriría con el enlucido de una pared maestra, o si pueden considerarse independientes de dichas reparaciones extraordinarias, porque aun sin ejecutar éstas se podrían estimar realizadas tales obras, como la demolición de un tabique divisorio que haya sido indispensable llevar a cabo para reparar la pared maestra, o el arreglo del piso o pavimento hecho después de sustituír una viga. Ni un caso ni otro entran en la categoría de reparaciones ordinarias a cargo del usufructuario, porque el daño no lo ha producido el uso ni un accidente que recaiga aisladamente sobre aquella parte de la cosa usufructuada, sino la necesidad de ejecutar las reparaciones extraordinarias. Cuando el propietario sea quien quiera ejecutar éstas, no podrá dejar al usufructuario la carga de las obras necesarias con tal motivo y que apreciadas en sí mismas revestirían el carácter de reparaciones ordinarias, sino que su importe debe englobarse en el de las reparaciones extraordinarias cuyos intereses debe satisfacer el dicho usufructuario (1).

(a) [El Cód. esp. (art. 502, párr. 3.º) concede al usufructuario el derecho de retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos del aumento de valor que tenga la misma por efecto de las obras hechas.]

(1) Tenemos un fundamento (para la segunda tesis propuesta) en el art. 505, que el reparto señalado en el 503 y 504 lo aplica al gasto total de reconstrucción, sin distinguir entre las obras aquéllas que, si no fueran consecuencia de la ejecución de otras, revestirían el carácter de reparaciones ordinarias. PROUDHON, n. 1.722, por el contrario, opina que en la reconstrucción, los gastos de reparación de las paredes maestras, bóvedas y vigas, son de cuenta del propietario, y que el usufructuario debe atender a los demás en tanto que no sean mera consecuencia de las primeras. Cfr. *ibidem*, nn. 1.671-1.673.

Por regla general, debe proveerse a sus expensas el usufructuario de los materiales que precise para las reparaciones ordinarias a su cargo (1). Sin embargo, hay una verdadera excepción a la regla en el precepto, ya expuesto y criticado (2), del artículo 488 (a), que no solamente autoriza a usar de los árboles caídos o destrozados por accidente, sino también para abatirlos si se le prueba su necesidad al propietario, y el del artículo 489 que permite tomar del monte los tutores para las viñas comprendidas en el usufructo. La necesidad de la corta se dará, según el espíritu de la disposición, cuando del producto en madera que procure el fundo no se obtengan los materiales propios para la mentada reparación; sólo entonces podrá el usufructuario exigir que el material adecuado se tome del monte o de los árboles diseminados por el campo y que no sean maderables, sino que constituyan un capital de reserva. Pero las pretensiones del usufructuario habrán de ceder si esos árboles tienen un destino distinto, bien de protección o de adorno: es condición inexcusable para poder sacar del fundo lo necesario, que con ello no se devaste o estropee el mismo. Inútil me parece añadir, siempre con arreglo al espíritu del artículo, que tanto los árboles derribados o destrozados por accidente, como los cortados, corresponderán al usufructuario si quiere y puede emplearlos directamente para las reparaciones a su cargo, pero no para usarlos como medio con que atender a estas reparaciones vendiéndolos o cambiándolos. Teniendo en cuenta el carácter excepcional de estas disposiciones, creo que debe rechazarse su aplicación analógica; no cabe, pues, autorizar al usufructuario para extraer de canteras que no estuvieran explotadas al comenzar el usufructo, piedra, cal o arena con destino a la reparación de edificios, o turba o marga para entretenimiento del fundo (3).

Como ejemplo de reparaciones extraordinarias relativas a cosas diversas de los edificios y obras permanentes que indica el artículo 504, y que son de cargo del usufructuario, debe señalarse el saneamiento y desagüe de terrenos que estén inundados sin que los di-

---

(1) *Verbo reficiendi tegere substruere sarcire ædificare, item advehere odportareque ea, quæ ad eandem rem opus essent continentur:* ULPIANO, 1, § 6, *de rivis,* XLIII, 21.

(2) V. *supra*, p. 330.

(a) [Cfr. art. 485, párrafo último, del Cód. esp.]

(3) V. *supra*, p. 321. Es de recordar la regla opuesta establecida en las fuentes romanas: ULP., 12 pr., *de us.*, VII, 1, y seguida por mucha parte de la doctrina: PROUDHON, 1.204; DEMOLOMBE, X, 433; PACIFICI-MAZZONI, 474.

que se hayan roto, o por una rotura de la que no se pueda hacer responsable al usufructuario (1). Resolver qué reparaciones de bienes muebles, singularmente de buques o máquinas, deban tener el carácter de extraordinarias, implica un estudio técnico de variadísimos elementos de hecho, y sería inútil el poner aquí ejemplos.

---

(1) PROUDHON, 1.642.

CAPÍTULO VI

CARGAS DEL DISFRUTE

SUMARIO: 330. Concepto general de las cargas y extensión de las normas acerca de su distribución.—331. Cargas que recaen sobre los frutos.—332. Cargas impuestas a la propiedad.—333. Cuotas de comunidades o consorcios.—334. Condenas judiciales.—335. Cargas y condiciones para el ejercicio de una facultad adquisitiva.—336. Cargas y deudas hipotecarias. Renta territorial.—337. Deudas de un establecimiento mercantil.

330. Las cargas a que debe contribuír el usufructuario son las obligaciones inherentes a la cosa o al derecho usufructuado, esto es, las obligaciones cuyo sujeto pasivo está determinado por la atribución de la cosa (por ejemplo, la contribución territorial) o por la del derecho (v. gr., el canon enfitéutico). Los preceptos acerca de la cooperación a las cargas presuponen constituída una obligación que se encuentra en el nexo indicado con la pertenencia del derecho; no es que aquéllas determinen la relación entre el acreedor de la prestación y el usufructuario, y obliguen a éste para con aquél (1);

---

(1) Por eso están mal clasificadas entre las cargas aquellas obligaciones cuyo fundamento y razón de ser están en los principios que rigen las relaciones entre usufructuario y propietario; así lo hace DEMOLOMBE, X, 599, que refunde en una primera clase de las *«charges usufruitières les frais relatifs à l'exploitation et à l'entretien de la chose, tels que ceux de labour et de semence et de réparations»*, reconociendo, a pesar de ello, que están tratados aparte en la ley, y notando que los arts. 508 y 509 (correspondientes a nuestros 506 y 507), se refieren a las *«charges extrinsèques ou excentriques du droit de jouissance»*. Para evitar equívocos de nomenclatura, adviértase que este mismo calificativo o denominación de «cargas extrínsecas», que puede justificarse teniendo en cuenta que se habla de cargas cuyo fundamento es distinto de la constitución del usufructo, se emplea también con significación distinta: PROUDHON, 1.821, 1.822, por ejemplo, contrapone precisamente los gastos de entretenimiento, de reparación y tributarios—cargas de los frutos—, que reune

no regulan directamente sino la relación entre usufructuario y propietario o titular del derecho (1). Si el usufructuario está o no obligado con el acreedor de la prestación, es cosa que depende del título constitutivo obligacional, no de estas normas, que, a semejanza de cuantas hasta aquí hemos examinado sobre los derechos y obligaciones del usufructuario, tienen mero carácter de supletorias del título constitutivo del usufructo (2). Dicho título puede modificar y ampliar las facultades de disfrute y atribuír al usufructuario ingresos que no pertenecen a la categoría de rentas, o frutos naturales no separados durante el usufructo; y lo mismo puede limitar su participación en las cargas, eximiéndole de ellas en todo o en parte, y liberándole, por ejemplo, del pago de la contribución territorial. Claro está que semejante disposición del título carece de influjo sobre la relación obligacional que en razón de la cosa usufructuada haya sido constituída antes o después de comenzar el usufructo; de la contribución territorial queda responsable directamente el usufructuario para con la Hacienda; y la liberación que de ello haga el título implica tan sólo que si paga el usufructuario tendrá una acción para repetir contra el propietario. También es evidente que las normas legales supletorias sobre la contribución no influyen necesariamente en las relaciones obligacionales; y por ello el usufructuario que aparece en las listas contributivas es responsable de las cuotas vencidas antes de comenzar el usufructo, en tanto que sus obligaciones para con el propietario están limitadas a una cantidad proporcional a la duración de su derecho. Sin embargo, como el título constitutivo de la obligación no siempre distingue la manera de pertenencia de la cosa o del derecho para señalar si está obligado y en qué medida lo esté el que tiene su pertenencia temporal, para

---

bajo el nombre de *cargas naturales o intrínsecas* del usufructo, a aquellas que llama *accidentales o extrínsecas* y que se fundan en disposiciones especiales del título constitutivo.

(1) Y la fórmula del artículo 507 «el propietario está obligado al pago de las cargas impuestas sobre la propiedad durante el usufructo» no encierra una norma, sino precisamente la afirmación de este supuesto, con el que se enlazan las normas siguientes sobre las obligaciones y derechos del usufructuario.

(2) Quien únicamente respecto al propietario es acreedor de la prestación, no puede exigirla del usufructuario obligado a contribuír, sino subrogándose en el derecho del deudor y sometiéndose a las condiciones en que se admite tal subrogación; el usufructuario puede espontáneamente, o a requerimiento del acreedor, excepcionar la falta de dichas condiciones o requisitos y cumplir sus obligaciones para el propietario prestando al acreedor.

interpretarlo precisa acudir a las normas que regulan la relación entre usufructuario y propietario (1); en caso de silencio y siempre que la obligación esté impuesta por una razón genérica de pertenencia, habrá que reconocer una acción directa del acreedor contra el usufructuario, a quien corresponde la pertenencia temporal, y una acción limitada a la cuantía de aquellas prestaciones a que estaría obligado para con el propietario en virtud de las normas supletorias legales, y prescindiendo desde luego del título constitutivo del usufructo (2). Por otra parte, también habrá que acudir al título constitutivo, aunque éste no fije expresamente que la atribución temporal implique una responsabilidad directa para el acreedor, cuando haya de decidirse si el usufructuario está obligado para con el dueño por el capital o los intereses de la prestación que constituya el objeto, según que la imposición represente o no una detracción sobre el valor capital de la cosa. De suerte que se prestan mutuo auxilio el título de que se desprenden las cargas y los preceptos legales acerca del reparto de éstas; y por la función subsidiaria que en la interpretación del título tienen estos preceptos, conviene acudir a las vigentes en la época de la imposición de las cargas, cuando la obligación quedó constituída; mientras que, en cambio, la relación entre propietario y usufructuario la rigen como normas supletorias del título constitutivo del usufructo únicamente aquellas reglas que estén vigentes en el momento en que comienza a desplegar dicho título su eficacia.

331. Haciendo una distinción paralela a la ya estudiada entre las reparaciones extraordinarias y ordinarias, disponen los artículos 506 y 507 (a) que el usufructuario está obligado a levantar las cargas que graven los frutos según costumbre (b); y que respecto a

(1) Ejemplo, el auxilio que encuentra en el principio del art. 506 la interpretación de la Ley acerca de la recaudación de los impuestos directos; v. *supra*, p. 188.

(2) Por eso el usufructuario de un derecho enfitéutico responde desde luego ante el señor del dominio directo de las pensiones relativas al período en que disfrutó: las normas que contenga el título constitutivo del usufructo restrictivas o ampliadoras de la obligación de contribuír, tendrán también en este caso eficacia respecto a la forma en que pueda repetir el usufructuario contra el propietario o viceversa.

(a) [Cfr. arts. 504 y 505 del Cód. esp.]

(b) [El art. 504 del Cód. esp. pone a cargo del usufructuario «el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideren gravámenes de

las cargas impuestas a la propiedad debe satisfacer los intereses de las cantidades abonadas por el propietario, si es que él no las anticipa, en el cual caso tiene derecho a que le reembolse el dueño al extinguirse el usufructo. Las cargas «que según costumbre recaen sobre los frutos», esto es, que tienen el carácter económico de minoración de la renta (aunque deriven de una relación jurídica y por ello tengan constantemente para el acreedor el carácter de frutos civiles), si bien por lo común consisten en una cantidad de dinero a pagar en determinada fecha, pueden también consistir, como los diezmos en su origen, en prestaciones en especie de parte de los frutos naturales recogidos por aquel a quien pertenece la cosa. En este segundo caso habrá que reconocer que el usufructuario sólo está obligado a entregarlos si se realiza durante el usufructo la separación de los frutos naturales cuya deducción haya de hacerse. En cambio, en el primer caso, y sin tener para nada en cuenta la época de los vencimientos, habrá que acudir al título constitutivo, y, si éste guardara silencio sobre el particular, al período anual que comienza con la fecha del mismo, para poder fijar la proporción en que las cargas incumben al usufructuario, que deberá las correspondientes a las épocas, o partes de ellas, comprendidas en el usufructo (1) (a). Las incongruencias que ocasiona semejante sistema

---

los frutos. La expresión no resulta muy clara. En opinión de DE BUEN, la inteligencia más concordante con la doctrina del usufructo, es la de que las cargas y contribuciones anuales son de cuenta del usufructuario, en cuanto se consideran gravámenes sobre los frutos (t. cit. de la *E. J. E.*, p. 600).]

(1) V. PROUDHON, 1.804 y ss.; DEMOLOMBE, X, 607; GENTY, 232; AUBRY y RAU, § 231, n. 26; RICCI, II, 25. PACIFICI-MAZZONI, *Dist. dei beni*, 572, e *Istituzioni*, III, 208 (4.ª edic.), dice, en cambio, que las cargas cuyo pago vence durante el usufructo, debe satisfacerlas íntegramente el usufructuario, y el propietario las que vencen después de extinguirse aquél: y es extraño que no aduzca razones en apoyo de esta opinión, que aplicaría a las cargas el principio de distribución que se emplea para los frutos naturales; pero se limita, en realidad, a invocar la autoridad de los escritores franceses citados, quienes expresamente notan la relación de la serie pasiva de las cargas con la serie activa de los frutos civiles.

(a) [La doctrina del autor es también la más admisible dentro de nuestro Derecho español. Como observa DE BUEN (lug. cit.), al decir el art. 504 del Código que las contribuciones y cargas serán de cuenta del usufructuario «todo el tiempo que el usufructo dure», no quiere decir que haya de satisfacer las que deban pagarse durante dicho tiempo, sino las correspondientes a él. Las contribuciones, como los frutos civiles, deberán entenderse percibidas día por día.]

de reparto, son fáciles de notar. El usufructuario podrá beneficiarse de la corta de un monte bajo que tarde en reponerse cinco años, quedando gravado con un bimestre del impuesto; y sucederá que después de haber satisfecho éste más de cuatro años, pueda concluír el usufructo antes que le corresponda una parte siquiera de la renta del monte (1). Estas incongruencias nacen de la forma en que se ordena la distribución de los frutos naturales; ante el texto legal que obliga al usufructuario a levantar las cargas anuales del fundo, no cabe duda que esta obligación es independiente de la percepción de la renta; que no se corresponden el nexo económico establecido con la renta, y el nexo jurídico, y que éste se crea entre la obligación y aquel derecho sobre la cosa que autoriza la apropiación de la renta. Y tampoco cabe duda que la amplitud de la obligación es independiente de la de la renta, no sólo actual, sino potencial; de suerte que el usufructuario, obligado a sostener cargas superiores a la utilidad que haya de procurarle el fundo, no puede liberarse de ellas sino renunciando al usufructo.

La primera de las cargas que pesan sobre los frutos es la contribución territorial, en sus dos formas de contribución rústica y urbana, con las décimas adicionales de los recargos municipales y provinciales. Si para atender a necesidades públicas extraordinarias fuese temporalmente elevado el cupo o parte alícuota del impuesto, como ha ocurrido con las contribuciones de guerra (l. 28 de mayo 1867, l. 26 de julio 1868, etc.), como ocurrió también, aunque limitadas expresamente a un plazo fijo, a consecuencia del terremoto de Mesina (l. 12 de enero de 1909, n. 1 y 2), ello no altera el carácter de descuento sobre la renta (2); no es un sacrificio que se pida

---

(1) PROUDHON, 1.806, 1.809; LAURENT, VII, 3.

(2) Lo tuvieron en Derecho romano las contribuciones extraordinarias en especie, establecidas con las *indictiones temporariae:* PAULO, 28, *de us. leg.*, XXXIII, 2: v. gr., la obligación de ceder a su precio al Municipio una parte de los frutos: ULP., 27, § 3, *de us.*, VII, 1.—En el primer fragmento citado se incluye entre las cargas del usufructuario el *vectigal*, canon que le pagaba al Estado por el disfrute del agro público quien tenía concedida su posesión y sobre el cual podía constituír usufructo el concesionario (ULP., 1, *quibus modis*, VII, 4); con el cual formaba pareja, en cuanto a la concesión para edificar en terrenos públicos, el *solarium*, que gravaba al usufructuario de la concesión: ULP., 7, § 2, *de us.*, VII, 1, en que CUYACIO, *Rec. sol. ad l.* 81, § 1, *de contr. empt.* (ed. Prato, VII, 1.170), lee precisamente *solarium* y no *salarium*.—El Derecho romano antiguo ni conocía ni concebía impuestos directos ordinarios sobre fundos de propiedad privada, los cuales gravaba, sólo en caso de ne-

fundado en la riqueza, y, por consiguiente, en la posibilidad futura de rentas, sino en la renta actual, y ese sacrificio pesa por completo sobre quien tiene el usufructo en la época del gravamen (1).

En la figura jurídica de la obligación real que afecta al usufructuario se comprende también el impuesto sobre la riqueza mobiliaria (texto único de 24 de agosto de 1877, nn. 3 y 54) (a) no sólo para las rentas de la clase *a* (rentas perpetuas (2) y capitales prestados u

---

cesidades extraordinarias, mediante el *tributum*, desaparecido realmente en los últimos siglos de la República (v. MARQUARDT, *Organis. financière ch. l. Rom.*, ps. 207 y ss.). Los impuestos ordinarios sobre los predios provinciales, se recaudaban: por la mediación del Estado, el *stipendium;* y directamente sobre los predios de las provincias confiadas a la administración del Emperador, el *tributum* (v. GAYO, *Inst.*, II, 21; cfr. MOMMSEN, *Dr. public rom.*, V, ps. 396, 402 y ss.; contra la construcción que refiere *tributum* y *stipendium* a una propiedad del pueblo y del Emperador, v. PERNICE, *Parerga*, en la *Zschr. d. Savigny Stiftung*, X, 57 y ss.: de lo que se trata en realidad es de una obligación del propietario, de las cuales hacía otras aplicaciones el Derecho público romano), hasta que el *tributum* se extendió por Diocleciano a toda Italia (MARQUARDT, *op. cit.*, p. 281). Al usufructuario incumbían el *stipendium* y el *tributum;* ULP., 752, *de us.*, VII, 1, como en general le correspondían las prestaciones regulares al Fisco, las *fusiones:* ULP., 27, párr. cit. Acerca de la palabra *fusiones*, que vino a equivaler a *indictiones* (aquélla designa la prestación, ésta el requerimiento), v., en particular, GOTOFREDO, *Comment. ad C. Theodos.*, ad l. 6 *de indulgent. debit.*, XI, 28, y sobre las *indictiones*, el mismo, v. I, p. CCV.

(1) La relación del usufructuario con el acreedor del impuesto, de que no tenemos por qué ocuparnos aquí, ha sido examinada en otra ocasión, números 249-252.

(a) [En España es la contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria (texto refundido de 22 septiembre 1922).]

(2) QUARTA, *Comm. alla l. sull'imp. di ricch. mobile*, III, 18, quería transformar la renta en temporal (y por eso y según la ley de 22 de julio de 1894, valorada con la reducción de 18 a 30 cuadragésimas partes), con respecto a lo percibido por el usufructuario. En contra, y con razón, el Trib. Sup. de Roma, fallos de 15 de enero y 14 de marzo de 1879, que él cita: la perpetuidad de la renta la señala el título de que procede, prescindiendo de la persona del poseedor. Por tanto, los suplementos de congrua constituyen una dotación permanente del beneficio parroquial, aunque los disfrute el párroco *pro tempore*, y están clasificados en la categoría *a*. Hay que rechazar, pues, que con la atribución del disfrute de una renta perpetua, o de capitales entregados en mutuo, venga a agregarse una renta temporal sujeta a nuevos y distintos impuestos. Cierto que se constituye una nueva renta si en vez de atribuír el disfrute, de constituír un usufructo, asume el titular del primero, el acreedor, la obligación de entregar lo que percibe.

otros redimibles), sino también para aquellas rentas de la clase c (rentas temporales a que no contribuyen ni el capital ni el trabajo del hombre) que suponen una renta vitalicia; y también para la clase *b* (rentas temporales mixtas a cuya formación contribuyen el capital y el trabajo del hombre) si se constituye el usufructo sobre un establecimiento.

Igualmente está incluído el canon que debe pagar el concesionario de una patente (Ley de 30 de octubre de 1859, arts. 14 y siguientes) (a) y en la misma proporción le corresponde al usufructuario de la patente su pago (en cambio el impuesto proporcional que haya de satisfacerse por la prórroga que pida y el impuesto fijo por el certificado complementario, debe satisfacerlos íntegramente).

Si el usufructo comprende unas minas, el usufructuario debe pagar el canon, y la contribución sobre la riqueza mueble que ha sustituído al impuesto proporcional en virtud de la ley de 11 de julio de 1864 (b). La carga del alojamiento militar que conforme a la Patente de 9 de agosto de 1836 y la Ley de 4 de agosto de 1861 distribuyen entre los habitantes (1) los Municipios obligados no depende del derecho sobre los edificios; por el contrario, las obligaciones creadas por la ley de 30 de junio de 1889 sobre requisa de animales para las necesidades del ejército movilizado, corren a cargo del propietario de los animales, y en su lugar del usufructuario por todo el tiempo que dure el usufructo; y a éste incumbe formular las declaraciones, la presentación de los animales sujetos a requisa en las oportunas revistas, y, por tanto, pagar las multas por infracción de esas obligaciones.

Fúndanse inmediatamente en el servicio del predio a que beneficia el camino proyectado (o que se ha de reparar), el impuesto especial que autoriza la Ley de 30 de agosto de 1862 a favor de los Municipios y para hacer que los interesados contribuyan a tales gastos; por tanto, es carga que pesa sobre el usufructuario (2); la

(a) [Ley española de Propiedad industrial, de 16 mayo 1902, art. 49.]

(b) [En la legislación española corresponderán al usufructuario tanto el canon anual de superficie, como el impuesto de explotación de minerales, que consiste en un tanto por ciento sobre el producto bruto a boca mina.]

(1) Los comentaristas de la l. 27, § 3 *de usufr.*, entre los *onera patrimoniorum* que incumben al usufructuario, junto a la obligación de prestar lo que *ob transitum exercitus confertur* (v. *infra*, p. 559, n. 1), enumeran la *hospitum susceptio:* BRISSONNIUS, *Select. ex j. civ. antiq.*, 1, III, c. 11.

(2) Cfr. ULP., l. 27, § 3, cit.: *si quid ad collationem viae (pendatur) puto*

ley de 19 de julio de 1894 ha suspendido la aplicación de éste y otros extremos de la ley de 1868; pero la obligación de participar en la construcción y reparación de los caminos mediante la prestación personal, la ha mantenido en vigor la ley de 1894 con respecto a los *habitantes*.

Si a causa de voladizos, balcones o viaductos que ocupen la vía pública se impone una contribución a la propiedad del edificio, según autoriza la ley Municipal (texto único de 21 de mayo de 1908, art. 180, n. 5) (a), el impuesto corresponde satisfacerlo al usufructuario.

Y todo impuesto o canon que sea consecuencia de una concesión del uso privilegiado de cosa pública, como el canon por la toma de aguas públicas (ley de 10 de agosto de 1884), el canon por el uso de parte de una playa (conforme al Código y Reglamento de la Marina mercante), deberá satisfacerlo el usufructuario de la concesión (1).

Entre las obligaciones reales derivadas de las relaciones jurídico-privadas tienen indudablemente carácter de rebaja de las rentas los diezmos y pensiones enfitéuticas mencionadas expresamente en el art. 506 (2). Lo tienen también las prestaciones anuales que debe satisfacer al propietario del fundo sirviente el del dominante, cuando se trate de servidumbres voluntariamente constituídas. Lo tienen asimismo las obligaciones de conservación que el título constitutivo de la servidumbre imponga al propietario del fundo sirviente siempre que pertenezcan al número de las reparaciones ordinarias; pero no las obras nuevas que necesite el uso de la servidumbre, ni

---

hoc quoque fructuarium subiturum, y BRISSONNIUS, *loc. cit.* V. también sobre la *viae collatio:* PERNICE, *loc. cit.*, p. 81.

(a) [Estatuto municipal, arts. 360 y 374.]

(1) Según la citada ley 27, § 3, en Derecho romano estaban a cargo de los usufructuarios los impuestos para la conservación de las cloacas públicas, a las cuales se acometían las privadas y para la conservación de los acueductos públicos que atravesaban y servían a fundos privados; cfr. también PERNICE, *loc. cit.*, p. 82. Están ahora a cargo del usufructuario la limpieza de alcantarillas y los gastos de conservación de las paredes y presas de los colectores o corrientes de agua que sirven varios fundos, según el art. 539; en cuanto a las contribuciones para las asociaciones de drenaje, riego y toma de agua, v. el n. 333.

(2) El Trib. de Cas. de Roma, en 10 de julio de 1884 *(Foro*, 1884, 777), reconoció que la obligación de satisfacer las pensiones sigue pesando sobre el enfiteuta después de constituído el usufructo, y reconoció al señor del dominio directo una acción contra el usufructuario.

las reparaciones extraordinarias de estas mismas obras (1). Y al concepto de obligación real pueden referirse también los deberes inherentes al derecho de disfrute derivado de un contrato de arrendamiento: el usufructuario de una cosa arrendada está obligado para con el arrendador y sus herederos al pago de la merced si se apropia los productos obtenidos mediante el empleo de la cosa arrendada (2).

332. El ejemplo que se aduce comúnmente de las cargas fiscales impuestas a la propiedad es el de los empréstitos forzosos. El último lo creó el Decreto de 28 de julio de 1866, que lo prorrateó entre los contribuyentes directos a base de la renta total correspondiente al impuesto pagado. Por consiguiente, según ese Decreto, se estaba obligado a satisfacer la derrama en razón de la renta, y no hubieran podido los usufructuarios arrojar la carga sobre los propietarios. Corresponden los empréstitos forzosos fundados en la propiedad al aparato financiero de otros tiempos; la Hacienda moderna emplea armas más sutiles y ocultas, y difícilmente ocurrirá que ni siquiera una contribución extraordinaria, presentándose en forma distinta de una deducción de la renta (3), motive aquella participa-

(1) A menos que al aceptar la constitución de la servidumbre (art. 635), se hayan asumido voluntariamente; habría entonces otra aplicación analógica del art. 507, como en el caso distinto en que por voluntad conforme de propietario y usufructuario, se asuma una carga para ejercitar una facultad de adquisición; v. p. 573.

(2) V. *supra*, ps. 296 y ss.

(3) El mismo impuesto sobre el patrimonio, establecido en varios Estados de la Confederación americana y en algunos Cantones suizos, y el impuesto adicional sobre el capital (sobre él v. FLORA en la *Riforma Sociale*, a. V) es nominalmente un impuesto sobre el patrimonio, pero en realidad es un impuesto sobre la renta. La base de evaluación será el patrimonio; pero éste no es la fuente de la que se deduce el impuesto. Cfr. WAGNER, *Scienza delle Finanze* (en la *Bibl. dell'Economista*, s. III, t. X, § 485, §§ 369 y ss.) y EHEBERG, *Finanzwissenschaft*, § 146; VOET, *Ad Pandectas, de usufr.* n. 38, recordando un edicto holandés de 1674, menciona un impuesto real sobre el capital (*centesima* o *ducentesima patrimonii*) creado para necesidades extraordinarias de guerra, y que no debía ser tomado de la renta pero sí pagarlo el usufructuario, a reserva de reconocérsele el derecho de ser reembolsado a la extinción del usufructo.—El capital, y no la renta, constituye la fuente del impuesto en los que recaen sobre las sucesiones y transmisiones de bienes; pero como está obligado al pago aquél a quien se transmite, y según la vigente ley del impuesto de Registro la constitución del usufructo está sujeta a él como una transmisión ver-

ción o concurso de propietario y usufructuario que regula el artículo 507. La contribución misma de guerra toma generalmente o la forma de requisa o la de un impuesto temporal sobre la renta: la requisa extraordinaria para procurar lo que necesitan para subsistir las tropas de tránsito, constituye una detracción de la renta y por razón del título constitutivo está exclusivamente a cargo del usufructuario, aun independientemente del principio sentado por el artículo 506 (1). Cierto que si se impusiese a los poseedores una contribución que hubiera de pagarse en una vez sola, o que fuese superior a la renta anual, o constituyera una parte alícuota considerable de ella, tanto más si se impusiera bajo amenaza de devastación o incendio, habría que inducir la intención de gravar la propiedad (2) y el usufructuario sólo debería contribuír anticipando el importe o pagando los intereses durante el usufructo.

Algunas veces, para proveer a necesidades públicas extraordinarias, se han pedido una o más cuotas de impuesto; y el pago de esta cuota debe hacerlo quien en el período normal de vencimiento de la misma haya gozado del disfrute; el perjuicio causado por el anticipo debe recaer sobre quien haya tenido el goce en el intervalo entre el momento de la recaudación y el vencimiento normal. Esto podrá motivar después un reembolso del usufructuario al propietario que hubiera debido anticiparla antes de la apertura del usufructo, o del propietario al usufructuario que mientras ha disfrutado haya debido hacer el pago; y en proporción a la duración del disfrute, se repar-

---

dadera, disminuyéndose eventualmente la evaluación del traspaso que al mismo tiempo se haga de la propiedad, de un modo normal no hay (v., de todos modos, *infra*, el cap. IX, n. 344) una participación o concurrencia de usufructuario y propietario en el levantamiento de la carga. Cosa distinta ocurría con la *vicesima hereditatum* del Derecho romano (acerca de ella, v. MARQUARDT, *op. cit.*, ps. 335 y ss.), mantenida en vigor en muchos países de Derecho común, y que gravaba en bloque la transmisión a título hereditario, por lo que debía contribuír a ella el usufructuario anticipando el pago, aunque con derecho a reembolso. Cfr. VOET, *loc. cit.*

(1) Que se refiere literalmente a las cargas anuales, y que por vía de interpretación no puede extenderse sino a otras cargas periódicas. *Ad onus fructuarii pertinebit*, según ULP., 27, § 3 *de us.*, VII, 1, *quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus*. Pero para que corra a cargo del usufructuario, sea cualquiera la forma de requisa, esto es, trátese de prestaciones en especie o en dinero, se necesita que haya percibido ya renta en el momento de prestar aquélla.

(2) Cfr. VOET, *loc. cit.*

tirá el quebranto que representen los intereses de la respectiva participación.

El tipo característico de cargas impuestas sobre la propiedad nos lo ofrece la ley de expropiación por causa de utilidad pública, de 25 de junio de 1865, cuyo artículo 77 establece el principio de que si con la ejecución de una obra pública se aumenta el valor de predios particulares, éstos deben satisfacer una indemnización que pagarán mediante décimas anuales, exigibles al propio tiempo que la contribución territorial. Si esta compensación se declara antes de comenzar el usufructo, debe satisfacerla por completo el propietario; y a ella ha de contribuír el usufructuario si se declara después, pero únicamente en la proporción señalada por el artículo 507; y si él anticipa el pago, se le deberán los intereses. Cuando el propietario, para eximirse del impuesto adicional, abandone al expropiante la finca mediante justo precio (art. 80), el usufructuario quedará obligado a contribuír con respecto a éste.

Igual carácter revisten las *contribuciones por mejoras* que en algunas legislaciones se equiparan a los beneficios que recibe la propiedad privada por la ejecución de obras públicas, especialmente en los centros urbanos (a); mejora y desarrollo de las vías públicas, establecimiento de redes de tranvías, alcantarillado, alumbrado, conducción de aguas, etc. (1).

Cosa distinta del pago de contingentes por mejora son los diversos expedientes financieros elegidos para restituír a la colectividad el aumento de valor que ha obtenido la propiedad privada a expensas de aquélla y mediante el progreso de la vida social. Entre

(a) [El Estatuto municipal de 8 marzo 1924, regula, entre las que llama «contribuciones especiales», las que pueden ser impuestas cuando, por efecto de obras, instalaciones o servicios municipales, se produjese un aumento determinado del valor de ciertas fincas. Según el art. 345, el pago de las cuotas de estas contribuciones, corresponde al dueño; pero el propietario tiene derecho a ser reintegrado por el usufructuario: a) De una parte de la cuota que guarde con el total de ésta la misma proporción que el valor en capital del derecho real correspondiente guarde con el valor total de la finca, cuando se trate de contribuciones impuestas para nuevas obras o instalaciones, para la implantación de servicios de carácter permanente o para la ampliación, renovación o mejora de aquéllas o de éstos; b) Del total importe de la cuota o de las anualidades cuando se trate de contribuciones impuestas para dotar gastos de conservación o entretenimiento de las obras, instalaciones o servicios.]

(1) Acerca del particular, v. DALLA VOLTA, en el *Economista*, Florencia, 1896.

ellos debe enumerarse el impuesto sobre los solares edificables, que según las leyes de 8 de julio de 1904 y 11 de julio de 1907 pueden imponer los Municipios (a). También aquí el impuesto no debe ser tomado de la renta que del solar perciba el usufructuario, sino del capital que representa el solar, e indudablemente debe correr a cargo del propietario, y aplicarse para la participación del usufructuario los principios del artículo 507 (1).

También son cargas de la propiedad las contribuciones para obras de saneamiento y de defensa contra las aguas; generalmente adquieren la forma de cuotas pagaderas a las asociaciones constituídas para la ejecución de tales obras, de lo cual hablaré en el número siguiente.

Las Ordenanzas municipales que están facultados para dictar los Ayuntamientos, pueden imponer reparaciones a los edificios por razón de higiene o de estética, como pueden imponer normas y restricciones variadas en la construcción de nuevos edificios por aquéllas o por otras razones. Esas reparaciones estarán a cargo del propietario o del usufructuario, según que, conforme a la definición del artículo 506, pertenezcan o no a la categoría de las reparaciones extraordinarias. En el primer caso, diríjase el Ayuntamiento para ello al propietario o al usufructuario, uno u otro lo comunicará a su cointeresado para que pueda participar en los gastos; del caso segundo se puede citar el ejemplo del revoco que está prescrito para las fachadas (2).

Entre las obligaciones derivadas de la relación de vecindad hay que recordar las de deslinde (art. 441) (b), participación en los gastos de construcción y reparación de muros medianeros o cerramientos, en la ciudad y en los suburbios (art. 559) (c), la corta de los árboles y setos vivos plantados a menor distancia de la legal (artículo 581) (d), la corta de las ramas que se proyectan sobre el fundo vecino (art. 582) (e); todas ellas implican una carga que ha de levan-

(a) [En la Hacienda municipal española existe el arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos regulado por los arts. 422 y ss. del Estatuto municipal de 8 marzo 1924.]

(1) V., sobre el particular, FLORA, *Scienza delle Finanze* (3.ª edición), ps. 340 y ss., y KUMPMANN, *d. Wertzuwachssteuer*, citado por él.

(2) AUBRY y RAU, § 231, ad n. 18.

(b) [Art. 384 del Cód. esp.]

(c) [Art. 575 del Cód. esp.]

(d) [Art. 591 del Cód. esp.]

(e) [Art. 592 del Cód. esp.]

tar el que sea propietario cuando se reclame su cumplimiento; y si esto ocurre durante el usufructo, únicamente debe concurrir el titular de éste en la medida indicada. Y lo mismo puede en general decirse respecto a la remoción de entorpecimientos al ejercicio libre de la propiedad vecina, mediante obras realizadas o transformaciones del fundo hechas antes de comenzar el usufructo (y que en este caso representan una obligación derivada de la persistencia de la usurpación), o después, para las cuales se exige el concurso voluntario del propietario y el usufructuario. Pero en cuanto a la obligación de prevenir los daños que amenacen al vecino (art. 699) (a) y a la responsabilidad en que pueda incurrirse por la destrucción de un edificio (art. 1.155) (b), hay que distinguir: Estarán completamente a cargo del usufructuario si las medidas precautorias forman parte de los gastos de conservación que le incumben y atendiendo a ellos se pudiera impedir la destrucción; y se distribuirán en la proporción prevista en el artículo 507, si los gastos que ha exigido o exigiría la evitación, tienen el carácter de reparación extraordinaria, o también si el daño se deriva de la falta de reparaciones extraordinarias, cuya necesidad hubiera avisado aquél al propietario y que éste no quiso hacer, por lo que pudo o debió el usufructuario atender a ellas anticipando de su peculio los gastos, para eximirse de su responsabilidad ante los terceros (1).

(a) [Arts. 389 y 390 del Cód. esp.]

(b) [Art. 391 del Cód. esp.]

(1) En Derecho romano, aquel a quien amenazaba un daño exigía fianza de que se le resarciría del mismo si llegaba a ocurrir; si la fianza no se prestaba, estaba autorizado para posesionarse de la cosa que originaba la amenaza, y si aún después de esto no se le afianzaba, se le dotaba del interdicto correspondiente, y mediante una larga posesión podía adquirir la propiedad. Por ello, el usufructuario estaba interesado en prestar la fianza, pudiendo llevar la *missio in possessionem* el impedimento de hecho del ejercicio del usufructo, y por último, su extinción. Pero la prestación de la fianza, más bien que una obligación de quien tiene la pertenencia de la cosa (y del acreedor hipotecario), es una condición para conservarla. (V. el número 335.) Propietario y usufructuario, están, por tanto, recíprocamente obligados a cooperar en la fianza (PAULO, 22, *de d. inf.*, XXXIX, 2), ya que si el usufructuario rehusa, el propietario que la presta puede privarle del ejercicio del usufructo (ULP., 9, § 5, *eod.)*; y si el usufructuario prestó fianza por un daño derivado de vicio de construcción y que sólo le correspondería prevenir al dueño, la negativa del propietario motiva que se le transfiera a él el derecho de propiedad: *jus domini ad eum trasferri oportet:* PAULO, 10, *eod.* No habrá una adquisición inmediata de pro-

Otra figura de obligación real consiste en el reembolso debido al mayor valor procurado al fundo mediante construcciones y plantaciones hechas por un tercero. Me remito en este punto a cuanto expuse al examinar el artículo 238. También la accesión en materia de bienes muebles, por adjunción o especificación, motiva una obligación real que en la medida prevista por el artículo 507 puede distribuirse entre usufructuario y propietario.

Derívase del contrato de enfiteusis, además de la obligación de pagar las pensiones, la de satisfacer el laudemio, que incumbe al que goza del derecho enfitéutico, cuando ocurre la transmisión que motiva dicho laudemio, y a sus sucesores en el citado derecho. El usufructuario participa de él en la medida del artículo 507 (1), únicamente cuando la transmisión ocurre durante el usufructo y es independiente de la voluntad del enfiteuta; el pago del laudemio es condición para conservar el derecho enfitéutico en los herederos del causante del usufructo; y si aquél faltase, tanto su derecho como el usufructo que de él depende, vendrían a resolverse; no hay motivo para que al usufructuario se le obligue a satisfacer el laudemio en las transmisiones que quiera hacer el enfiteuta, y si se le obliga a ello, puede repetir contra el enfiteuta que lo origine.

El pago de cuotas de las acciones de sociedades es también una obligación real. El usufructuario de la acción responde de los dividendos pasivos que se pidan rigiendo el usufructo, y durante él debe soportar la carga de los intereses sobre aquéllos (2).

---

piedad, que no podía proporcionarle el Pretor, sino el reconocimiento, a favor del usufructuario, de una posesión en concepto de dueño cuando hubiera prestado caución (¿una posesión de la que podría privársele cuando, más tarde, cumpliese el propietario la obligación de afianzar?; así lo cree ELVERS, *Servitutenl.*, p. 528), a fin de que deviniera propietario al terminar el plazo para usucapir. La construcción antes propuesta (v. ps. 223 y ss., y n. 335) de una transmisión al usufructuario de los derechos correspondientes al propietario, cuando éste no quiera ejercitarlos, o cumplir las condiciones a que está subordinado su ejercicio, encuentra confirmación en estos casos. En el mismo pensamiento jurídico de la *noxa*, está informada la *cautio de damno infecto:* la cosa responde del daño causado por ella, y el dueño se libera de responsabilidad sacrificándola; en cuanto a la participación del usufructuario en la prestación de la *noxa*, v. PAULO, 17, § 1, GAYO, 27 pr., *de nox act.*, IX, 4; y cfr. ELVERS, *op. cit.*, § 53.

(1) Cfr. VOET, *Ad Pand.*, *de usufr.*, n. 38.

(2) LAURENT, VII, 49, dice que si el nudo propietario no quiere satisfacer los dividendos, el usufructuario que los pague tiene derecho a ser reembol-

333. Como la contribución territorial, son cargas reales las cuotas debidas a las comunidades o sindicatos por los fundos asociados, bien se trate de asociaciones de carácter administrativo, como las comunidades de drenaje o para evitar la invasión de los ríos, de sindicatos de saneamiento, de consorcios para defensa contra la filoxera, o de asociaciones civiles cuya creación puede exigir, si no un interés reconocido por la autoridad administrativa, un interés individual reconocido por la mayoría de los partícipes, cual ocurre especialmente con las asociaciones de regantes, o juntas para la captación de aguas con fines industriales. Tales cuotas se satisfacen anualmente en diversas entregas y, cuando la asociación goza de privilegios fiscales, se recaudan al propio tiempo que los recibos de contribución, siendo pagadas habitualmente por el usufructuario; pero el ocurrir así de hecho no es bastante para que se forme la costumbre que invoca el artículo 506 y excluír al propietario de toda participación en la carga.

Si se atiende más bien al contenido económico que a la forma jurídica de la cuota, hay que distinguir según que la obra realizada por la asociación corresponda a trabajos de conservación ordinaria, de conservación extraordinaria o a mejoras. En el primer caso, y conforme a los principios generales, debe pesar por completo sobre el usufructuario; en el segundo no debe satisfacer el usufructuario más que los intereses legales de la parte de gastos que satisfaga el dueño. Y en esta proporción misma debe concurrir a los gastos en la tercera hipótesis cuando se trate de mejoras no caprichosas, sino que vienen impuestas por la autoridad o por la voluntad de la mayoría de los interesados. En armonía con estos principios, los escri-

---

sado en los límites del enriquecimiento. Del enriquecimiento, debiera decirse, que en todo caso resulta al liberarle de las obligaciones que como propietario de las acciones le incumben. Pero el usufructuario participa de las expectativas de la acción, y por ello es partícipe en la deuda. LAURENT mismo reconoce poco después el carácter de deudor del accionista, y distingue por ello entre el caso de los dividendos de acciones ya suscritas, y la suscripción de nuevas acciones, respecto a la cual puede estar en condiciones privilegiadas el accionista si se compara con los demás posibles suscriptores de la emisión, pero no está ciertamente obligado como accionista; y después de hecha esta distinción, llega a la misma conclusión, reconociendo aun en el caso de participar el usufructuario en la nueva suscripción, que hay en ello un motivo para ejercer la acción de enriquecimiento. Yo creo que el usufructuario, después de la negativa del nudo propietario a suscribir la acción nueva, lo hace a su solo cargo y riesgo y se convierte en titular de ella.

tores franceses aplican, por analogía, el criterio de la participación prevista en el artículo 609 a la indemnización que deben satisfacer los propietarios por el saneamiento de terrenos malsanos, según la ley de 16 de septiembre de 1807 (1).

Ahora bien; no debe modificarse el señalamiento de la obligación del usufructuario únicamente porque la obra, en vez de realizarla el usufructuario y el dueño, la haya hecho en interés de ambos la personalidad asociada; ni porque se graven los fundos con una contribución anual por los gastos realizados hay razón para hacerla pesar exclusivamente sobre el usufructuario, cuando en la contribución pueden englobarse las cuotas que corresponden al fundo como gastos de conservación ordinaria, los intereses de los gastos de conservación extraordinaria o de mejoras y de la amortización del capital empleado en las últimas.

Presenta dificultades graves la separación de estos elementos dentro del cupo fijado en el balance de la asociación, para llegar a determinar, según las premisas expuestas, lo que debe cargarse al usufructuario. Supongamos un sindicato de desagüe que crea oportuno o necesario desviar el canal de derivación; para la ejecución de estos trabajos contrata un préstamo amortizable en treinta años y para afrontar las obligaciones asumidas, eleva la cuota. No hay duda alguna de que del cupo elevado a consecuencia de obras realizadas con anterioridad a su adquisición responde el sucesor en la propiedad, y que a cargo de este sucesor corren también las cuotas atrasadas, salvo las que hayan prescrito y lo que establezcan en punto a concurrencia de acreedores los privilegios fiscales. Pero para aplicar el principio general de distribución entre propietario y usufructuario, habrá, ante todo, que averiguar si la desviación del canal, causa del gasto extraordinario, se acordó antes o después de comenzar el usufructo; en el primer caso, de los dividendos pagados por el usufructuario durante su goce habrá de quitarse toda la parte referente al mutuo; en el segundo, sólo aquella parte de la cuota referente al mutuo que atienda a la amortización del capital, y se computará al usufructuario la diferencia en más entre la cuota de intereses abonados y la de los intereses que debieron abonarse si en vez de la extinción gradual del capital, hubiera tenido que restituirse éste en una sola vez.

Semejante operación permite infinitas complicaciones: imagine-

---

(1) PROUDHON, IV, 1.877; DEMOLOMBE, X, 612, 613; AUBRY y RAU, § 231, n. 29; LAURENT, VII, 8.

mos una asociación que en distintas épocas emprende obras nuevas y que se reembolsa de los gastos realizados, juntamente con los de conservación ordinaria de las obras mismas, y de los ocasionados por su administración, mediante dividendos; imaginemos también la variedad de derramas que resulta de la conversión de las deudas de la entidad con un plan de amortización, en tiempo más o menos largo, y con reducción del tipo de interés, etc.; pero tales dificultades no creo que constituyan una razón jurídica para impedir que se distribuyan entre usufructuario y propietario los gastos, en proporción a su interés en los mismos, y que se creen acciones recíprocas para que cada interesado pueda repetir una parte de los dividendos por él pagados y a cargo del otro. Si la organización social tiene carácter público, el dividendo es el equivalente de un servicio prestado a los fundos, y aquel carácter no altera las relaciones de Derecho privado creadas entre los que se benefician del servicio por el derecho que tienen sobre los respectivos predios.

La concurrencia de usufructuario y propietario en el abono de los gastos de la asociación, debe tener por consecuencia el concurso de ambos en la representación de los intereses del fundo para la constitución y régimen de la asociación. Acerca de este particular son defectuosas e incongruentes las disposiciones legislativas. Únicamente la ley de 1.° de marzo de 1888, sobre repoblación forestal, dispone que para deliberar acerca de la constitución del consorcio o comunidad, habrá de convocarse individualmente a los propietarios y a cualquiera otro titular de un derecho inmobiliario sobre bienes existentes en la cuenca que ha de ser repoblada, y que si el voto del propietario y el del derechohabiente al disfrute no están conformes, se considerará como negativo. En cambio, cuando además de la propiedad hay un derecho de usufructo, el Reglamento de 8 de mayo de 1904, para la ejecución de la ley sobre saneamiento (texto único de 21 de octubre de 1900), ordena que en la constitución de las asociaciones que hayan de ejecutar las obras intervengan el propietario o el usufructuario, según que uno u otro sea quien haya de sostener los gastos que ocasionen los trabajos. Esta singular disposición reglamentaria subordina a la resolución de una cuestión jurídica civil (la de fijar a quién incumben los gastos), la normal constitución de la representación; y se trata de una cuestión que ni siquiera puede proponerse según los términos del Reglamento, porque jamás puede darse el caso de que el usufructuario sostenga o deba sostener por sí solo los gastos de mejora. Produciría el singular efecto de hacer ilegal la constitución de la asociación, si estimando

la autoridad administrativa que la obra recae en un cierto sentido sobre el usufructuario, viniese éste llamado a representar los intereses del fundo, en vez del propietario. La ley de triste memoria sobre la asociación contra el granizo, de 9 de junio de 1901, reconocía la intervención del usufructuario en representación del propietario, pero subordinándola a la condición de que asumiera las cargas en nombre propio; la ley sobre las asociaciones antifiloxéricas, de 6 de junio de 1901, reconocía en cambio expresamente la obligación del usufructuario de satisfacer las cuotas, pero mandaba que el aumento de ellas no pudiera realizarse sino con el concurso al menos de las tres quintas partes de los propietarios inscritos en las listas del acta constitutiva de la asociación; y con ello hacía posible que la voluntad del dueño contribuyera a aumentar los quebrantos del usufructuario. La representación está regulada muy variadamente en los Estatutos de cada asociación. Unas veces la confían sin más al usufructuario; otras veces disponen que cuando en razón de su participación correspondan a un mismo fundo varios votos, se distribuyan éstos entre propietario y usufructuario, frecuentemente prefiriendo al usufructuario.

Sea lo que quiera lo que disponga el Reglamento citado de la ley de saneamiento (1), creo yo que el usufructuario carece de personalidad para intervenir en la constitución de una asociación y con ello cooperar a la constitución de una carga real sobre el fundo (2); y razonando a base del artículo 635 (a), estimo que no puede tampoco el dueño intervenir ni cooperar a la constitución de una carga que haya de recaer inmediatamente sobre el usufructuario, pues en tal caso, y aunque a éste no le afecte sino en parte al menos tal carga, es necesario que asienta a su creación (3). Si se constituye el consorcio antes de comenzarse el usufructo, el Estatuto que incondicionalmente confía la representación del fundo al usufructuario o al propietario, o a uno u otro condicionalmen-

---

(1) Me parece indudable la inconstitucionalidad, no sólo de la citada disposición, sino de otras de ese Reglamento.

(2) Esto lo confirma la propia disposición dictada sobre las asociaciones contra el granizo, porque en ellas es admitido el usufructuario (como lo es el arrendatario), a concurrir al acto constitutivo de la asociación, pero asumiendo en su propio nombre las obligaciones, y, por tanto, quedando excluída la constitución de una carga real.

(a) [Art. 595 del Cód. esp.]

(3) Como establece la citada ley sobre repoblación forestal.

te, obliga a cuantos después sucedan en la propiedad o el usufructo (1); pero esto no influye para señalar el interés respectivo del propietario o del usufructuario en la participación en el consorcio, y, por consiguiente, la representación del fundo que ejerza uno más allá de su propio interés le hace quedar personalmente responsable hacia el otro en cuyo beneficio la haya ejercido (2).

334. El deber del usufructuario de satisfacer las cargas que gravan los frutos y de contribuír al pago de las impuestas sobre la

(1) Cuando se trata de consorcios civiles, tiene importancia grandísima distinguir entre representación de los fundos en la constitución y representación en la gestión del consorcio. Un fallo notable del Trib. de Cas. de Turín, de 24 de marzo de 1903 (*Foro*, 1903, 1.047), reconoce la igualdad de derechos de los propietarios de unidades prediales, cualquiera que sea su importancia, para la constitución del consorcio y de las cargas reales; y establece que, después de la constitución, existe una comunidad regulada por el art. 678, y en que no el mayor número de propietarios, sino la cuantía mayor de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad, es la que forma la mayoría, cuyas decisiones respecto a la administración y el mejor disfrute de la cosa común, obliga a la minoría disidente. Objeto de la comunidad *debe considerarse la carga real sobre los fundos asociados;* si esta carga se distribuye entre los fundos proporcionalmente a su extensión, la mayoría se computa por la representación de más de la mitad de la superficie de los fundos asociados; si para fijar el reparto de la carga se adopta un coeficiente distinto del de superficie, habrá que tomarlo en cuenta para lograr determinar la mayoría.

(2) Por ejemplo: si el Estatuto no concede más que al usufructuario derecho al voto, el propietario podrá rechazar y desaprobar la nueva obra, y la haya o no aprobado, podrá requerirle para que responda de una aprobación contraria a los intereses de la propiedad. Análogamente cuando la diversidad de intereses de los partícipes en la propiedad de un fundo indiviso no se refleja en una representación distinta en la asociación—varios Estatutos conceden, por ejemplo, un voto a cada condueño; otros, más correctamente, exigen que la representación corresponda al delegado que elijan los copropietarios—, procederá que en las relaciones internas entre los copropietarios, pueda exigirse responsabilidad por la gestión. Cuando, en cambio, los Estatutos regulen la representación proporcionalmente al número de las propiedades asociadas, mejor que en proporción a la cuantía de los intereses, no puede pensarse que reconozca a los propietarios de menor cuantía la representación parcial de los más importantes; contra los acuerdos de la mayoría numérica que perjudiquen a la mayoría efectiva de los intereses de las propiedades asociadas, no hay otro recurso que el previsto en el art. 678, ap.° 2 (a).

(a) [Art. 398 del Cód. esp.]

propiedad, existe con independencia de la declaración judicial de ellas, aun cuando ésta sea necesaria para que el acreedor pueda exigir la prestación: del mismo modo es independiente de esta declaración previa el derecho del usufructuario a que se le reembolse, al terminar el usufructo, del pago que haya realizado de cargas del segundo grupo. El propietario puede exigir al usufructuario el pago del canon por la enfiteusis usufructuada sin aguardar a que el señor directo haya hecho reconocer su derecho; el usufructuario puede, sin esperarlo tampoco, satisfacer el laudemio y proveerse de un título para pedir el reembolso. La declaración de que existe la obligación para con el señor directo se efectuará, en su caso, en el juicio entre usufructuario y propietario, para asentar así el fundamento de las obligaciones que median entre ellos. Necesítase tanto menos que intervenga en el pago la coacción cuanto que el usufructuario, al satisfacer las cargas que correspondan a la propiedad, tiene asegurado un derecho al reembolso; y la amenaza o ejercicio de coacción sobre el propietario para el pago de una carga que grave los frutos, tampoco es necesaria para que pueda imponer la prestación de aquélla al usufructuario; el propietario puede advertir al recaudador, y requerir al usufructuario para que se ponga al corriente en el pago de la contribución territorial; y el usufructuario, al satisfacer espontáneamente el impuesto correspondiente al aumento del valor adquirido por el fundo merced a una obra de utilidad pública, no tiene menos derecho al reembolso que si se le hubiera obligado al pago por orden de la autoridad.

Para que nazcan las obligaciones reales de que hemos señalado ejemplos en los números anteriores, es necesario que se produzca un acto de voluntad de la persona a la que la ley confiere el derecho a devenir acreedor; como ocurre con la obligación de contribuír a los gastos de construcción de la pared de cerramiento, o a los gastos de deslinde del fundo. La obligación no nace si no quiere el vecino; y el usufructuario que causase tales gastos sin requerirlo el vecino, no cumpliría una de las obligaciones impuestas a la propiedad, y carecería por ello de derecho a exigir el reembolso. Tampoco aquí es menester una acción judicial para que nazca la obligación; será verdadero cumplimiento de una obligación del usufructuario, y no voluntaria prestación, la que se realice a causa de un requerimiento en forma, aunque no se haya dictado previamente fallo que imponga tal deber; en este y en todos los demás casos en los cuales quepa duda sobre la existencia de la obligación, sólo será una medida prudente del usufructuario esperar para ello un fallo judicial,

a fin de dar carácter incuestionable a su derecho al reembolso.

Debe, pues, entenderse que la participación del usufructuario en las *cargas*, entendido este término en su más amplio sentido, que se ha indicado en el número 330 y desarrollado en los números siguientes, está prevista en los artículos 506 y 507, aun cuando indudablemente el legislador haya tenido principalmente en cuenta las derivadas de una relación de Derecho público o de una de Derecho privado anterior al usufructo, ya que ha previsto, en cambio, la imposición de las cargas durante el usufructo mediante un acto de voluntad privada, en la forma más común de demanda judicial, con otra disposición, la del artículo 510 (a), que declara obligado al usufructuario a sufragar los gastos de la condena en los litigios sobre el usufructo; y ordena que en los relativos a la propiedad y al usufructo, los sufraguen proporcionalmente a sus respectivos intereses el propietario y el usufructuario. La condena judicial no puede por sí constituír fundamento sino de una obligación derivada del vínculo procesal de la obligación de satisfacer las costas judiciales y los perjuicios en caso de pleito temerario (1); en todas las demás condenas posibles, el fundamento es anterior al juicio y se encuentra en una relación en que éste no hace más que declarar o reconocer; pero si preexiste una relación como vínculo real, sin necesidad de condena es ya suficiente para justificar la obligación que el usufructuario tiene respecto al dueño de cumplir esa obligación o contribuír a su cumplimiento.

La duda de si hay una antinomia entre los artículos 507 y 510 surge porque el primero dispone alternativamente que el usufructuario contribuya, o bien pagando los intereses durante el usufructo, o anticipando, mientras éste subsiste, la cantidad necesaria para el cumplimiento de la obligación; y en cambio, el segundo artículo, con más generalidad, ordena que usufructuario y propietario cooperen, en proporción a sus respectivos intereses, a los gastos de las condenas dictadas en los pleitos referentes al usufructo y la propiedad. Pero esa fórmula genérica, que, como veremos en el capítulo siguiente, es necesaria para que con valoración más compleja se fije la participación en los gastos de la litis (2), no obsta a que la parti-

---

(a) [Cfr. art. 512 del Cód. esp.]

(1) Sobre esto, v. el capítulo siguiente.

(2) PROUDHON (1.760 y ss.) pone como ejemplo el caso de una acción reivindicatoria dirigida contra el usufructuario y contra la persona en cuyo nombre él posee, y afirma que la restitución de los frutos a que se condenara al

cipación proporcional se traduzca en una de las dos formas establecidas alternativamente en el artículo 507. Más bien hemos de creer que suscitando o aceptando la contienda judicial sobre pago de las cargas de la propiedad, el usufructuario adquiere un medio de que se decida a su favor tal alternativa, y poder así sustraerse a la más lesiva de las formas de cooperación: la que consiste en el anticipo de la cantidad. Como el propietario no es su deudor en manera alguna, no podría accionar directamente contra él para obligarle al pago, y menos aún subrogarse en los derechos que corresponden al acreedor de la prestación contra el propietario. Pero si espera que lo demande el acreedor, puede pedir que se persone el propietario, entendiéndose también con él la demanda, y evitar así su propia condena. Ya veremos en el capítulo siguiente cuáles son las consecuencias de esta intervención respecto a los gastos de la litis. En cuanto a la condena que no crea la obligación real, sino que la reconoce como existente, claro es que puede participar de esta obligación quien haya permanecido ajeno al juicio, aun cuando la sentencia final no cause estado para él. Cierto que el usufructuario condenado a satisfacer una carga de las que recaen sobre la propiedad en un pleito en que no haya sido parte el propietario, queda expuesto a que éste suscite la cuestión de la legitimidad del deber que se le impone. Y si no consigue probarla, no habrá reembolso; pero no es la sentencia, sino la obligación declarada en ella, la que le dota de título para obtener el reembolso. Con tanto mayor motivo podrá el propietario exigir del usufructuario la prestación, como hubiera podido hacerlo sin la condena y sin su pago, cuando se le condene en un litigio respecto a cargas que graven los frutos, y no haya intervenido en el pleito el usufructuario.

335. El cumplimiento de las obligaciones inherentes a la cosa o derecho usufructuado se diferencia de las prestaciones que constituyen la condición para el ejercicio de una facultad de adquirir. De ello

---

usufructuario, significaría su «participación proporcional» en el vencimiento. Pero quedando distinguidas la responsabilidad del usufructuario y la del propietario por la detentación ilegítima, no se aplica aquí con exactitud el concepto de proporcionalidad, que presupone la división de una carga común. Debido a las circunstancias concretas de la mala o buena fe, que cesa para ambos en el mismo momento, podrá revestir igual carácter su responsabilidad, pero en este caso no cabría sino impropiamente hablar de participación proporcional a la responsabilidad.

tenemos un ejemplo en la indemnización que hay que prestar por el paso forzoso a una finca. La ley faculta al propietario de un fundo que esté completamente rodeado de otros para exigir el paso a través de éstos (a). El obligado a indemnizar no es quien tiene tal facultad, sino el que pretenda ejercitarla y constituír la servidumbre. ¿Podrá decirse que la indemnización exigida constituye una carga de la propiedad, a la que debe contribuír el usufructuario, cuando la necesidad del paso ocurra durante el usufructo? De ninguna manera: el usufructuario es dueño de renunciar al paso del fundo inaccesible con tal de no contribuír a tal indemnización, o de esperar a que sea posible el uso del fundo por otros medios que el tránsito a través del ajeno. Con mayor motivo el propietario es dueño de optar por el no uso del fundo antes que indemnizar, sin temor siquiera al riesgo, a que está expuesto el usufructuario, de que se extinga el usufructo prolongándose el desuso. El paso puede haberse pedido antes de abrirse el usufructo, mediante la oportuna indemnización, que es una deuda personal del propietario; puede haberse exigido mediante el pago de una prestación anual que constituiría una carga real del fundo y que, a tenor del artículo 506, el usufructuario debería sufrir enteramente durante el usufructo. Si en vigor este último, se solicita la servidumbre, bien la necesidad haya sido experimentada antes o después, debe pagarla el que la pide. Cierto que si el propietario es quien la pide, no podrá usar del fundo el usufructuario mediante la servidumbre sino contribuyendo al pago de la indemnización; y a esta contribución se aplicará por analogía el artículo 507; pero no se tratará de obligaciones inherentes a su derecho y que deba necesariamente soportar, sino de obligaciones voluntariamente asumidas. Por otra parte, es indudable que el usufructuario podrá exigir que se constituya la servidumbre, ya que le corresponde la pertenencia temporal del fundo; pero lo hará dentro del ámbito de su interés, y como servidumbre temporal, limitándose su cuota en la indemnización a la parte proporcional a la duración de aquélla. Si encuentra dificultades para hacerlo o se ve precisado, para usar del fundo, a constituír una servidumbre perpetua, deberá pedir el concurso del propietario; si obra a espaldas del propietario, o contra su voluntad, no puede pretender, como si fuera un gestor útil, el reembolso de lo que haya gastado en su propio interés; ni tampoco en lo relativo al aumento de valor que haya procurado al fundo, como no puede pretender

(a) [Arts. 564 y ss. del Cód. esp.]

el reembolso de las mejoras que haya realizado por su cuenta exclusiva.

Se ha hablado también de cargas de la propiedad en el caso de tener que pagar una indemnización para adquirir la comunidad del muro contiguo al fundo usufructuado (1); como quiera que en tal hipótesis se trata de una modificación de la cosa, me parece que hay menos motivo aún para que la obra sea realizada por iniciativa sólo del propietario o del usufructuario, y pueda producir el efecto de imponer al uno o al otro la contribución a la carga consiguiente.

La distribución señalada en el artículo 507, debe aplicarse también por analogía a todos los casos en que *por voluntad conforme de propietario y usufructuario, se asuma una carga que sea condición para el ejercicio de una facultad de adquirir;* por tanto, cuando se reconquiste la finca vendida con pacto de retro, se rescinda por lesiva una enajenación, se ejercite la acción redhibitoria, se haga redención de un censo o se recupere el fundo enfitéutico; donde existe una obligación que grave a quien tenga la expectativa de un derecho, no puede eximirse del deber sin renunciar al derecho también; cuando se asume la obligación para adquirir un núcleo de bienes sobre el cual no estaba inicialmente constituído el usufructo, el titular de este derecho de usufructo está en libertad de contribuír o no a la rescisión, a la resolución, a la redención o al recobro; quedando excluído en los dos primeros casos del disfrute de la cosa readquirida o recuperada (2); y pudiendo en los otros dos conservar

---

(1) PROUDHON, 1.833. V. en el n. 1.885 la afirmación, contradicha poco ha, de que la indemnización por el derecho al paso sea una carga real.

(2) El pensamiento de PROUDHON (1.878-1.899) no se expresa con claridad, pues califica de *charge réelle* el precio de rescate dice que ejercitándose la *action en réméré,* el usufructuario *«ne devrait obtenir la jouissance du fonds qu'en payant annuellement l'intérêt du capital déboursé»;* pero inmediatamente después dice acerca de la restitución del precio en el caso de ejercitar la acción de rescisión: *«ce serait là une charge réelle inhérente à la chose laquelle devrait être contributoirement supportée par le propriétaire et l'usufruitier, comme celle du rachat»,* sin repetir que el usufructuario deba contribuír únicamente cuando trate de obtener el disfrute. LAURENT (VII, 9) dice así, en globo, que hay una diferencia entre las cargas públicas y privadas, porque las segundas son voluntarias, y desvía la cuestión, sin resolverla después, para ver si el usufructuario haya de consentir la acción que tenga por resultado imponerle una carga cuando le procure un beneficio. DEMOLOMBE (X, 613) se limita a afirmar prudentemente, en cuanto a las cargas que no impone la autoridad pública, que las hipótesis citadas le parecen discutibles, o que, al menos en alguna, no

intacta, frente al enfiteuta o al señor del dominio directo que tenga ahora en sus manos el pleno dominio de la cosa, la posición que ostentaba de usufructuario del dominio útil o del dominio directo. A su vez, puede libremente el titular no contribuír al rescate, rescisión y aun a la acción de nulidad que quiera ejercitar el usufructuario, y que llevando a éste a una nueva adquisición de la propiedad entera, le impone, naturalmente, por completo, la correspondiente carga; y lo mismo si se reconoce tal facultad al usufructuario, conforme a la tesis propuesta por mí (1) y que se puede justificar estimando que en la negativa del titular va implícita necesariamente una cesión al usufructuario cointeresado. Cuando no sea posible el ejercicio del derecho sin llegar a la modificación sustancial de la cosa usufructuada, como en el caso de enfiteusis redimida o extinguida, la solución correcta es la que rechaza su ejercicio independiente por parte del usufructuario (2). También puede implicar una carga el ejercicio de la acción resolutoria de un contrato por razón de incumplimiento de las obligaciones respectivas: la carga de la necesidad de restituír lo que se haya recibido en ejecución del contrato; carga que debe soportar exclusivamente el usufructuario cuando él sólo deduzca la acción contra la voluntad del titular del derecho que hubiera nacido del contrato (3).

---

podría aplicarse el art. 609, sino de común acuerdo (!) entre propietario y usufructuario.

(1) V., más atrás, n. 297 y la nota 1 de la pág. 562.

(2) V. *supra*, p. 396, y cfr. acerca de las cuestiones que promueve el usufructo de un derecho enfitéutico, CAVALIERI en el *Giornale delle leggi*, 1880, 106.

(3) El ejercicio independiente de esta acción en cuanto medio de obtener el sustitutivo del equivalente a que tiene derecho, lo autorizan con respecto al usufructuario del patrimonio aquellos mismos escritores (PROUDHON, 1.415-1.419) que le niegan derecho a deducir la acción de retraer o la rescisoria sin el consentimiento del titular; pero añadiendo que cuando la intenta el usufructuario por sí solo, produce una resolución parcial, quedando al comprador demandado el derecho a la nuda propiedad, y al vendedor o a sus herederos, una acción para pedir el cumplimiento. La resolución es una sanción grave del incumplimiento que se agrega a la del resarcimiento de los daños, y no me parece que pueda ampliarse y acarree una resolución parcial contra la voluntad y el interés del contrayente culpable. Creo que frente a la excepción del contratante que se niega a la resolución parcial, el usufructuario podrá ejercitar por su propia cuenta la acción y apropiarse la cosa restituída, siempre que dé caución de que al terminar el usufructo prestará aquel equivalente que tendría derecho a

En el caso de entablarse la acción rescisoria por lesión de la venta de un fundo sobre el cual esté constituído un usufructo, la indemnización que haya de pagarse como requisito para retener el fundo, constituirá asimismo una prestación a que el usufructuario debe contribuír pagando los intereses correspondientes al tiempo de su disfrute. Tampoco aquí el propietario puede obligar al usufructuario a semejante participación; su negativa a ello equivaldría a la renuncia al usufructo sobre el fundo, pudiendo el comprador retenerlo en pleno dominio. Recíprocamente, el propietario quedaría en libertad de restituír el fundo, en vez de pagar la indemnización o de constituirse en deudor; el usufructuario, pagando al vendedor los intereses de la indemnización, podría conservar el usufructo sobre el fundo, y cuando el vendedor rehusase la resolución parcial, asumiendo por completo la carga de indemnizar al vendedor y de restituír el precio pagado al comprador, adquiriría la propiedad plena del fundo (1).

336. En las obligaciones reales, la persona del deudor está determinada por la pertenencia de la cosa; en las hipotecarias, la transmisión del fundo, que con su valor asegura la obligación, arroja ésta sobre el deudor primitivo o sobre quien le suceda en la obligación por herencia, adjudicación o delegación. Y aun cuando la obligación haya sido contraída en beneficio del fundo hipotecado, y el acreedor espere obtener el pago con las utilidades que pueda dar el fundo, de la constitución del usufructo sobre el fundo hipotecado no se induce la voluntad del constituyente de limitar el derecho del usufructuario a lo que quede de la renta después de satisfecho aquél. Si calla el título (que así como puede modificar la distribución de las cargas reales, puede igualmente ampliar la cooperación del usufructuario a otras obligaciones), habrá que presumir que se han querido asignar al usufructuario todos los productos de la cosa, y que, por tanto, cuando ejercitada la acción hipotecaria para el pago del débito, se haya visto obligado a hacer efectivo su importe, o haya tenido que resignarse a quedar desposeído del usufructo, tendrá derecho a repetir lo pagado contra el deudor. Nada importa para el caso que el fundo haya sido hipotecado a fin de asegurar una deuda contraída con un establecimiento de crédito territorial, por-

gozar y obligación de conservar mediante la acción contractual comprendida en el usufructo.

(1) PROUDHON, 1.880.

que la operación de crédito no lleva consigo garantía alguna de que el capital se haya de invertir en beneficio del fundo (1). Este principio (2) lo establece el artículo 508 (a) para el usufructuario de una o más cosas particulares, como complemento de lo dispuesto en los artículos 506 y 507 acerca del prorrateo de cargas entre él y el propietario. Como quiera que no está obligado para con el propietario a participar en la carga de la deuda, bien incumba ésta al dueño, o bien a otro, tiene derecho a que se le reembolse inmediatamente de todo cuanto por tal concepto haya pagado, o a que le indemnice el deudor como corresponde a la desposesión de su derecho, quedando con respecto a aquél subrogado en los derechos del acreedor (artículo 1.253, número 3). El artículo 508 reconoce un derecho a repetir contra el propietario; derecho al que conviene señalar un alcance distinto en la hipótesis de que el propietario no sea el deudor. El propietario del fundo hipotecado para seguridad de una deuda ajena, y el adquirente de la propiedad de un fundo hipotecado, están sometidos a la obligación de pagar o de dejarse ejecutar, salvo, siempre, su derecho a repetir contra el deudor (3); y esto representa verdaderamente una obligación real, de la que participa el usufructuario en la proporción establecida por el artículo 507. El usufructuario no podrá exigir del propietario no deudor, hasta que termine el usufructo, el reembolso de todo lo que haya pagado o la indemnización por las privaciones de su derecho cuando si hubiese sido el propietario no deudor el que hubiese realizado el pago para impedir la ejecución, debería satisfacer a éste los intereses durante el usufructo; la diferencia entre el perjuicio sufrido y el reembolso, a que está obligado el propietario no deudor, no puede exigirse más que del deudor mismo (4).

Dispone el artículo 508 «que los débitos de que responda con hipoteca el fundo, y los censos o rentas simples impuestas sobre él, no están a cargo del usufructuario de una o más cosas particulares».

---

(1) Si el título dispusiera que el usufructuario participase en las cargas en la proporción señalada para las cargas reales, el usufructuario no debe pechar por completo con el pago de la anualidad que comprenda una parte para la amortización.

(2) Distinto de lo que disponen el Código alemán y otras legislaciones: v. t. I, n. 27.

(a) [Cfr. art. 509 del Cód. esp.]

(3) Prescindiendo de las diferencias entre el primero y el segundo en lo referente a la puesta en posesión de la finca y a la redención de cargas.

(4) PROUDHON, 1.831; LAURENT, VII, 11.

La mención expresa de la simple renta (1), suministra un sólido argumento *a contrario sensu* para la tesis de que se han querido poner a cargo del usufructuario las rentas territoriales. Esta es una de las cuestiones más discutidas por los comentaristas del Código francés, que en su artículo 611 dice únicamente que *l'usufruitier à titre particulier n' est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothèqué*. Al discutirse el Código de Napoleón en el Consejo de Estado, Tronchet y Treilhard afirmaron que las rentas territoriales constituían una carga del usufructo (2). Objétase que esta declaración fué hecha con anterioridad a la publicación del artículo 530 del Código, realizada por el Decreto de 31 de marzo de 1804, que califica de mobiliarias y redimibles las rentas (3). Pero a tal objeción se contesta que el carácter mobiliario y la redimibilidad de las rentas territoriales, para el porvenir al menos, lo había declarado el artículo 7 de la ley de 11 de brumario del año VII sobre el régimen hipotecario (4). Los redactores del Código de Napoleón sabían, por consiguiente, el cambio operado en el régimen jurídico de las rentas territoriales cuando se mostraban favorables a aquella resolución que tiene un apoyo en el texto de nuestro Codigo. Respecto al Código de Napoleón, como respecto al nuestro, es equivocada la razón principal que aduce PROUDHON para afirmarla: a saber, que este nuevo régimen no ha privado a la renta territorial del carácter de carga real, y que el contratante que enajena el fundo, con ello se libera de la misma. La renta territorial ha devenido un débito personal del constituyente, asegurado con una hipoteca legal a favor del enajenante, aunque del régimen antiguo sobreviva lo dispuesto en el artículo 1.786, que declara que el acreedor carece de derecho para obtener el rescate del deudor incurso en insolvencia si el adquirente del fundo «obligado al pago de la renta» está dispuesto al pago y ofrece suficiente caución para ello. La intención de que la

---

(1) Según el Derecho canónico y la *Bula Piana*, el censo consignativo estaba incluído entre los bienes inmuebles y el usufructuario del fundo gravado con él estaba obligado al pago de la anualidad. Pero si las relaciones entre los contratantes y sus herederos quedan regidas por la ley bajo cuya vigencia se constituyó el censo (v. Trib. Bolonia, 31 de mayo de 1886, *Riv. Giur. Bol.*, 1886, 285; cfr. MIRABELLI, *Contratti speciali*, n. 31), el usufructuario de un fundo sujeto a un censo antiguo, es tercero, y, por tanto, adquiere el censo la categoría de mero crédito hipotecario.

(2) Sesión 27 vendimiario, año XII, n. 24 (LOCRÉ, VI, p. 118).

(3) LAURENT, VII, 12.

(4) PROUDHON, 1.843.

renta se tome de los productos del fundo enajenado, que permanece «obligado a su servicio»—tanto más evidente cuando consista en una prestación en géneros producidos por el fundo, o en una cuota parte de sus frutos—la encontramos también en la llamada compra mediante entregas anuales, merced a la prestación de un capital al propietario, que encaja en la figura de la renta simple. Pero, ante el silencio del título constitutivo del usufructo, no hay dificultad en inducir que se quiso gravar al usufructuario con las rentas que constituyen la contraprestación de la adquisición misma del fundo (1).

Si concurriendo las condiciones que facultan al acreedor para ello (arts. 1.785, 1.786) se autoriza la redención de la renta, no puede decirse que constituya una carga real la prestación del capital; es una condición para retener el fundo. También aquí creo que debe conservarse independiente el derecho del usufructuario del del propietario que no quiera constituirse deudor del capital y prefiera la restitución del fundo, y asumiendo por completo la carga de la redención, capacitarse para adquirir la propiedad plena; puesto que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de que se pida la rescisión por lesión de la venta del fundo sobre el cual se ha constituído el usufructo, puede el propietario, sin la voluntad del usufructuario, proceder a la redención, a consecuencia de la cual quedará éste obligado a satisfacer los intereses del capital correspondiente a la renta, o un capital inferior sin que por ello se aumenten sus obligaciones (2).

El usufructuario no universal no contribuye a la redención forzosa de una renta, como no contribuye tampoco a levantar las cargas que ella supone.

---

(1) V. para la opinión contraria PACIFICI-MAZZONI, n. 585. SERAFINI, en nota a la traducción italiana de GLÜCK, t. VII, p. 214, carga al usufructuario el pago de la renta territorial; pero se equivoca cuando, en vez de la renta precio de enajenación, habla de una renta que haya de prestarse en especie, con frutos del fundo, y que puede ser, desde luego, renta simple. La afirmación que invoca en su apoyo ULP., 7, § 2 *de us.*, VII, 1, según la cual incumben al usufructuario los *alimenta ex ea re* (conforme a la lección de CUYACIO, *loc. cit.*, p. 636) *relicta*, es cosa ajena a la cuestión. Ni en Derecho romano ni en el nuestro queda al arbitrio de los particulares el constituír con carácter de carga real una prestación alimenticia. ULPIANO se refiere a una fundación alimenticia de carácter público; y con las otras cargas reales de Derecho público enumeradas en aquella ley, es como trata de los *alimentos*. Cfr. PERNICE, *Parerga*, cit. en la misma nota.

(2) PROUDHON, 1.877, sin distinguir, considera como una carga real la de la redención; v. *supra*, p. 573, nota 2.

337. Las deudas que contraiga un establecimiento industrial o mercantil no tienen indudablemente el carácter jurídico de carga real, cuyo sujeto pasivo esté determinado por la propiedad de dicho establecimiento; de ellas queda responsable el patrimonio entero de la persona que las haya contraído, aunque después traspase el establecimiento, y aun cuando el adquirente haya asumido la obligación de pagar. Tampoco queda vinculado a su pago el valor del establecimiento (salvo, claro está, el caso de que el establecimiento en su totalidad o en parciales aspectos de su actividad, quede sujeto a un derecho de garantía real); de suerte que la cesión sin transmisión del pasivo deja libre de toda responsabilidad al cesionario respecto a los acreedores (salvo asimismo su responsabilidad si contribuye a una cesión fraudulenta); ni tampoco continúa respondiendo el valor del establecimiento cuando sobre éste y después de creada la relación obligatoria de crédito, se establezca un derecho de usufructo; el valor del establecimiento responderá durante el usufructo de todas las deudas que se contraigan por el usufructuario con motivo del negocio. Pero la participación del usufructuario en las cargas deriva del carácter de universalidad de cosas que tiene el establecimiento, cuyas deudas deben considerarse elementos negativos de la universalidad. Desenvolviéndose normalmente aquél, a toda creación de deuda debe corresponder la adquisición de una actividad, una mercancía o un crédito. Para conservar la sustancia del establecimiento, el usufructuario debe satisfacer las deudas contraídas antes de comenzar el usufructo, como satisface las contraídas por él cuando los vencimientos ocurran durante el usufructo, y en el movimiento mismo de los negocios debe buscar los medios para ello. Si a causa de la baja de precios de las mercancías, o de resultar incobrables algunos créditos, toma de la casa comercial o industrial un valor mayor del que representen los factores positivos que restituye al terminar el usufructo, no contrae responsabilidad alguna para con el propietario, porque no está obligado a conservar el valor que el establecimiento tenía cuando comenzó el usufructo, sino el negocio tal como estaba organizado en aquel momento, con la aptitud productiva que tuviera para rentar, que subsiste a través de las vicisitudes del comercio y de la industria, por encima de las alteraciones infinitas que pueden ocurrir en sus elementos particulares y en su valor. Únicamente es responsable si por operaciones aventuradas e imprudentes pudiera culpársele de haber infringido el deber de entretenimiento y custodia de aquella organización originaria. Y cuando esté libre de culpa semejante, queda también libre

de toda responsabilidad para con el propietario en razón a las deudas contraídas a causa del establecimiento y que venzan después de cesar en el usufructo. Los acreedores conservan como garantía el patrimonio del contratante y pueden exigir de sus herederos el pago, aunque sean extraños al establecimiento, si bien ellos podrán, a su vez, repetir contra el propietario, quien únicamente por cuanto que el débito vence cuando él ha recuperado el establecimiento, debe en éste buscar los medios de hacer frente a tal obligación.

Claro está que aquellos créditos que tengan por causa la adquisición de elementos positivos para la tienda, y que contraídos antes del usufructo vencen durante éste, pasan al usufructuario; y corren a cargo del propietario si creados durante el usufructo vencieran después de extinguido el mismo. La relación de la deuda con el establecimiento mercantil deberá probarla el propietario cuando durante el usufructo sea demandado por deudas anteriores; y habrá de ofrecerla el usufructuario, o sus herederos, cuando cesado el usufructo se reclame judicialmente el pago (a fin de poder repetir respectivamente uno y otro); en cambio, el usufructuario demandado en cuanto a las primeras y el propietario después de cesado el usufructo por las segundas, podrán dirigirse, el uno contra el propietario y el otro contra el usufructuario, probando que no existe aquella relación con el establecimiento, y que las deudas se contrajeron para fines de consumo o para fines productivos ajenos al desarrollo del negocio.

Porque el usufructuario esté obligado a satisfacer las deudas que venzan durante el usufructo, no puede decirse que pesen sobre él dichas deudas, porque puede disponer de los elementos que proporciona el establecimiento para llegar al pago de las mismas. Los intereses son los que constituyen una detracción de los productos proporcionados por el establecimiento, y como éstos le corresponden, son también de su cuenta los intereses durante el usufructo, sin necesidad de hacer un cómputo entre propietario y usufructuario respecto a cada partida de deuda en particular, bien sean aquéllas anteriores al usufructo, bien producidas durante él, para deducir de ello un derecho a reembolso a favor respectivamente del usufructuario o del propietario que lo satisfagan, con retraso (si pagan el capital), o anticipadamente (descontando en un Banco los efectos cambiarios). La distribución de las cargas representadas por los intereses de las deudas, así como la de los gastos y pérdidas del establecimiento se conglomera en el reparto que se hace de los produc-

tos líquidos en razón a la duración del usufructo, habiendo en cuenta el señalamiento del ejercicio o período fructífero que se haya hecho en la organización dada al establecimiento, y a falta de designación, el período del año natural.

En la computación del producto líquido hay que distinguir entre las varias clases de deudas contraídas a causa de la explotación. Del producto bruto se deducirá el valor íntegro de las deudas mediante las cuales se reconstituye o amplía el capital circulante del establecimiento; las deudas por salarios, sueldos y pensiones; las prestaciones exigidas por razón del tráfico, como el impuesto de riqueza mobiliaria, la contribución industrial y la prima de seguro de los obreros, empleados, etc. Si las deudas se han contraído con anterioridad al usufructo o se contraen durante él (estas últimas dentro de los límites que exija la necesidad de conservar el régimen del establecimiento y de mantenerle abastecido y acreditado para la reconstitución o ampliación del capital fijo, o más generalmente para los elementos que constituyen la fuente constante de renta), no su importe entero, sino el interés ordinario, además de una cuota que en períodos distintos, según los diversos elementos, baste a su amortización, es lo que habrá que deducir de los ingresos para fijar el producto líquido. Justifícase la carga mayor originada así para el usufructuario, por comparación con la que le incumbe a tenor del artículo 507 («por las cargas impuestas sobre la propiedad»), en razón a que está en la sustancia del establecimiento mercantil, que el usufructuario se halla obligado a conservar, el destinar una parte de la renta a la reconstitución de los elementos integrantes de su explotación.

CAPÍTULO VII

GASTOS DE PLEITOS

SUMARIO: 338. Pleitos en que intervengan únicamente el propietario o el usufructuario.—339. Pleitos en que intervienen juntos propietario y usufructuario.

338. Los principios acerca de la participación del usufructuario en los gastos de los pleitos, se formulan con un cierto paralelismo a los relativos a las cargas de la cosa, que a su vez, y como he notado ya, lo tienen también con los relativos a las reparaciones. Principio primero: el usufructuario está obligado a levantar las cargas anuales del fundo (art. 506); está obligado a sufrir los gastos de los pleitos relativos al usufructo (art. 510). Segundo principio: el propietario está obligado a levantar las cargas impuestas a la propiedad, pero el usufructuario debe satisfacerle los correspondientes intereses, y si anticipa el pago, tiene derecho a ser reembolsado al expirar el usufructo (art. 507): propietario y usufructuario, proporcionalmente a sus respectivos intereses (art. 510) (a), están obligados a satisfacer los gastos de los pleitos relativos tanto a la propiedad como al usufructo. Este paralelismo no debe, sin embargo, inducirnos a engaño: el usufructuario está obligado *para con el propietario* al pago de las cargas anuales, así como a ejecutar a su costa las reparaciones ordinarias; y el dueño puede exigir, tanto que ejecute las reparaciones como que las pague, sin necesidad de haber sido intimado, y menos aún constreñido para ello por el acreedor, para que realice la prestación que a él pueda incumbir a causa de pertenecerle la propiedad. Carecería de sentido la acción *que sin más condiciones* reconociera al propietario derecho para exigir que el usufructuario le pague los gastos de los pleitos referentes al usufructo.

(a) [El Cód. esp., art. 512, a imitación del francés, sólo alude al caso de los pleitos sostenidos sobre el usufructo, no al de que el pleito interese por igual al propietario y al usufructuario.]

Pero habría razón para reconocérselo si se condicionara en el sentido de que la litis «relativa al usufructo» hubiera sido promovida por el propietario o contra él; porque entonces habría que buscar el fundamento de la acción fuera de las relaciones que entre usufructuario y propietario crea la subordinación del usufructo a la propiedad: el propietario, a quien no se le haya excepcionado de falta de interés en el pleito promovido relativo al usufructo, o respecto al cual (al propietario) se haya accedido a contender, aunque le faltara razón para promoverlo; o el propietario, demandado para discutir una cuestión relativa al usufructo, y que no haya opuesto la excepción de carecer de razón para ser demandado, a semejanza de lo que ocurre con un tercero cualquiera, asume voluntariamente la representación del usufructuario, y posee la acción de un gestor de negocios, que puede ejercitar para el reembolso de los gastos hechos. Nos queda por discutir si la acción le corresponde cuando el resultado de la litis promovida o aceptada sea desfavorable; yo no creo que se le pueda negar en términos absolutos y en todo caso *porque* la sentencia adversa no cause estado contra el usufructuario que no haya ratificado la representación asumida; aun cuando la sentencia no cause estado para él, puede haber circunstancias que den un carácter de utilidad a esta representación en el momento de ejercitarse, y la utilidad inicial de la gestión puede confirmarla la posibilidad misma en que queda el usufructuario de sustraerse luego a los efectos de la sentencia.

Otro sentido puede tener la acción concedida al propietario para exigir que el usufructuario demande a un tercero a fin de desvirtuar su conducta contraria a los derechos del usufructo; o para que se oponga a pretensiones en pugna con este derecho, y para que satisfaga los gastos de la litis. Pero el fundamento de esta acción no está en aquella relación de subordinación del usufructo a la propiedad, ni puede decirse que se la reconozca el artículo 510, que no estatuye *que el usufructuario esté obligado a pagar los gastos de los pleitos relativos al usufructo*. En la obligación de custodiar está comprendida la defensa privada contra todo intento de usurpación; y ni hay huellas, ni habría motivo para ello, de un ensanchamiento de tal defensa en cuya virtud el usufructuario tuviese obligación de acudir a los Tribunales para rechazar usurpaciones realizadas, o para oponerse a modificaciones del estado de hecho exigidas por medio de un pretendido derecho. Si estas usurpaciones y estas pretensiones amenazan únicamente el derecho de usufructo, el propietario no sufre perjuicio alguno porque la tutela del mismo se descuide o

interrumpa; en este caso ningún interés tiene el propietario en que pida el usufructuario amparo a los Tribunales.

Cosa distinta es cuando, como frecuentemente ocurre, la amenaza está dirigida juntamente contra los derechos de la propiedad y del usufructo. Independientemente de que concurra o no el usufructuario, puede el propietario siempre acudir a defender sus derechos; mas se comprende bien cuán grande ha de ser su interés en disponer de la cooperación del usufructuario para el pago de los gastos. Pero tampoco semejante interés es motivo bastante para reconocerle un derecho a exigir esa cooperación; el propietario no puede ni custodiar ni acudir a la defensa privada de la cosa que en su inmediata posesión tiene el usufructuario; para que la existencia del usufructo no prive al propietario de la defensa privada, hay que obligar al usufructuario a que por él la ejerza; en cambio, independientemente del usufructuario puede el propietario acudir al amparo de los Tribunales, y para que se obligue al usufructuario a ayudarle, no basta con que esta contribución haya de evitar al propietario una parte de los gastos. Con esta opinión está conforme la interpretación que comúnmente se da al artículo 510, que no suele ver en él un deber de cooperación impuesto al usufructuario con respecto a los gastos del pleito que el propietario promueva o de los que se intenten contra él, únicamente porque el perjuicio cuya reparación se invoca, o la pretensión contra la cual se opone resistencia, amenace conjuntamente los derechos de la propiedad y los del usufructo; por eso suele rechazarse esta participación cuando haya sido desfavorable el resultado del pleito (1).

Es doctrina corriente también que el usufructuario está obligado a participar en los gastos del pleito favorablemente fallado y sostenido únicamente por el propietario (2); pero sólo en cuanto el usufructuario resulte beneficiado por tal sentencia. Se da así por fundamento jurídico de la dicha obligación el enriquecimiento del usufructuario, no el vínculo de subordinación de usufructo a propiedad. El propietario lleva la litis y sostiene sus gastos exclusivamente en interés propio, no tiene el carácter de gestor, como en el caso arriba mencionado del pleito relativo al usufructo; pero si el usufructuario obtuviese ventajas de la sentencia sin participar en

(1) AUBRY y RAU, § 231, n. 37; DEMOLOMBE, X, 624; PACIFICI-MAZZONI, 604.

(2) PROUDHON, 1.762; AUBRY y RAU, § 231, n. 34; DEMOLOMBE, X, 622-624; PACIFICI-MAZZONI, 604. V., sin embargo, GENTY, 252.

los gastos del pleito, habría una correlación entre lo que el patrimonio del propietario disminuye con el importe de los gastos y el aumento patrimonial que experimenta el usufructuario a quien se le exime de contribuír; y el deseo de atender con los gastos a un interés propio no sería bastante fundamento para ello cuando este interés fuese unido necesariamente a la protección de los intereses del usufructuario; de ahí la obligación de éste de contribuír al gasto, para restablecer así el alterado equilibrio patrimonial. Y de conformidad con ello, se reconoce también una obligación recíproca en el propietario de contribuír a los gastos hechos por el usufructuario, en el caso de que el pleito lo haya sostenido este último y haya triunfado en él, siquiera tal obligación no se afirme sino en cuanto beneficie la sentencia al propietario.

No he de repetir los razonamientos que expuse en el párrafo primero del capítulo III para sostener la recíproca independencia de las sentencias dictadas contra el usufructuario y de las dictadas contra el propietario. La razón que a favor de la tesis opuesta se deduce del artículo que estamos examinando, se verá ahora claramente que se resuelve en una petición de principio. Se dice que propietario y usufructuario deben concurrir a satisfacer los gastos si la litis recae sobre la propiedad y el usufructo, porque ello significa que aun cuando actúe uno solo, interesa el pleito a ambos y, por consiguiente, que el no contribuyente puede beneficiarse de la sentencia favorable. Pero antes habría que demostrar que en la litis en que actúan sólo el propietario o el usufructuario, deba contribuír a los gastos el otro. Y lo vicioso de este razonamiento se ve más claro si tomamos en cuenta que reconociendo la obligación de contribuír únicamente cuando sea favorable el éxito, se hace depender de tal éxito favorable la calificación del pleito como «atinente tanto a la propiedad como al usufructo».

Y destruída la premisa de la doctrina común, cae por tierra su conclusión. Normalmente no recae sobre la propiedad y sobre el usufructo la litis que no inician o en que no vienen a ser parte, sucesivamente, propietario y usufructuario. En semejante pleito, los gastos deben de ser de cuenta por completo del promotor de él, cualquiera que sea el fallo; a la manera como únicamente quien interviene sufre las consecuencias y la obligación de resarcir los gastos causados al adversario. Y no vale decir que si el usufructuario o el propietario ajenos a la litis no pueden oponer al litigante contrario la sentencia favorable lograda respectivamente por dueño o usufructuario, obtienen con ella de todos modos un beneficio, porque

no es fácil que el contrario quiera exponerse a resucitar la contienda, ya que en la sentencia se encuentra, si no un obstáculo a la renovación del pleito, un factor que facilita el pronunciamiento de otro fallo semejante. Esto no es una ventaja patrimonial que pueda valorarse, como lo sería el ahorro de los gastos de defensa, puesto que el nuevo demandado sigue expuesto a la nueva discusión y a sus gastos.

Según expresé en el lugar indicado, hay sólo un caso en que la sentencia dictada a favor del propietario cause estado en favor del usufructuario: cuando se deduzca una acción para retener la posesión por o contra el dueño; porque el propietario posee mediante el usufructuario; y respecto a cualquier perturbación que con posterioridad sufra éste, puede rechazarla acudiendo a la sentencia pronunciada con relación al propietario, al cual representa en la posesión. Igualmente causa estado a favor del propietario la sentencia dictada a favor del usufructuario en el interdicto de retener: si el usufructuario fué parte en el pleito como representante del propietario en cuanto a la posesión, el fallo beneficia a su representado; y en este caso, si la resolución es favorable a uno y puede hacerla suya el otro apoyándose en la sentencia, el pleito hay que considerarlo como relativo a propiedad y usufructo, y el no compareciente estará obligado a contribuír a los gastos.

El Código señala la cuantía en que han de contribuír, y lo hace proporcionalmente a su interés respectivo. La doctrina francesa no cuenta con un precepto semejante a nuestro artículo 510, y el principio en que se inspira se induce, a virtud de un razonamiento *a contrario sensu*, del único precepto que contiene el concordante artículo 613: *L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu;* de modo que aplica por analogía el principio referente a las cargas sobre la propiedad, y exige que el propietario reembolse al usufructuario los gastos que éste haya satisfecho y que no haya podido recobrar del adversario, debiendo saldar sin devengo de intereses al terminar el usufructo; y hace que el usufructuario satisfaga al propietario los intereses correspondientes al tiempo que dura el usufructo, de los gastos cuyo reembolso no haya obtenido tampoco el propietario. Nuestro Código autoriza esta forma de distribución, pues deja expedito el camino para que se haga una valoración distinta del interés que propietario y usufructuario tengan, respectivamente, en el pleito (1).

(1) PACIFICI-MAZZONI *(loc. cit.)* sigue, con su acostumbrada fidelidad, la

339. La aplicación más importante de lo dispuesto en el artículo 510, la encontramos en el caso en que la litis sea común desde un principio a propietario y usufructuario, o porque la comenzaran reunidos, o porque se dedujera la demanda contra ambos; y también a aquel otro caso en que el pleito haya venido a ser común a ambos, merced a la intervención voluntaria de uno, o porque una de las partes demandantes la haya provocado respecto al usufructuario o al propietario que hubiera al principio quedado fuera del debate, cuando el interviniente haya deducido a su vez demanda contra el adversario o el adversario contra el interviniente. En esa facultad de pedir tal intervención el usufructuario o propietario que haya sido demandado solo, cuando se amenacen los derechos tanto de la propiedad como del usufructo, se ofrece prácticamente un medio de conseguir la cooperación en los gastos del cointeresado, y tanto para satisfacer los dispendios hechos en propia defensa, como de aquellos que, si el fallo es desfavorable, podrá ser condenado a abonar al adversario. Y de este medio puede beneficiarse también, si ha sido él por sí el que promovió el pleito, aun cuando en uno y en otro caso la solicitud de intervención puede no producir tal efecto, bien porque se oponga a la misma el adversario, o porque rehuse ampliar su demanda contra el interviniente, o porque el llamado a comparecer pida que se le excluya y no se le asocie a las peticiones deducidas contra el adversario. De todas suertes, cuando el pleito ha devenido común, no hay que distinguir entre gastos de quien fué parte desde el comienzo y gastos hechos por el nuevo compareciente; ni podrá decirse, refiriéndose a la subordinación del usufructo a la propiedad (1), que el usufructuario debe contribuír, como gasto que le beneficia, a los sostenidos por el propietario en cuanto actor o demandado principal, pero que el propietario no ha de contribuír a los gastos hechos por el usufructuario interviniente. La defensa hecha por éste puede cooperar eficazmente al resultado que persiga la parte principal, y el respectivo interés en el éxito es lo que ha de determinar el reparto proporcional en los gastos (2).

---

doctrina francesa, sin notar la diferencia entre nuestro art. 510 y el 613 de aquel Código.

(1) Como lo hace PROUDHON, 1.765-1.766.

(2) La doctrina francesa corriente, si la causa es común a ambos, ordena el reparto de todos los gastos, aplicando el criterio que se emplea para distribuír las cargas sobre la propiedad: AUBRY y RAU, § 231, n. 35; DEMOLOMBE, X,

El reparto que se haga entre propietario y usufructuario es independiente de la responsabilidad que asumen frente al adversario en cuanto litisconsortes: es decir, que si la sentencia no provee al reparto, y éste se hace por cabezas (C. P. c., art. 371), queda abierta la puerta al propietario o al usufructuario para pedir una distribución distinta a su compañero de litis, demostrando la diversidad del respectivo interés (1).

En el caso de que la pérdida del pleito lleve consigo la extinción del usufructo, encuentra dificultades la doctrina francesa en aplicar analógicamente el art. 609 (b) (2); y los más se inclinan a la distribución en porciones viriles (3); otros optan por el reparto proporcional al respectivo interés y fijado según la valoración del usu-

---

622; DURANTON, IV, 627. Así también PACIFICI-MAZZONI, n. 604. DUVERGIER (notas a TOULLIER, III, n. 434) opina, en cambio, que, no habiendo comunidad entre usufructuario y propietario, el hecho de concurrir en el pleito en que están interesados, no debe influír para señalar la participación del uno en los gastos que el otro hace o a que ha sido condenado, como no se les imponen cuando litigan separadamente. No habría motivo para una disposición legal específica si se hubieran querido aplicar al caso de la participación de usufructuario y propietario en el mismo pleito los principios corrientes del litisconsorcio, en virtud de los cuales los cointeresados soportan, separadamente, sus respectivas cargas, y son proporcionalmente responsables, para el adversario, de las costas a que se les condene (v. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziali* (a), 237 y ss.). El art. 613 del Cód. francés limita la responsabilidad del usufructuario en los gastos, y presupone, por tanto, que le corresponde una obligación hacia el propietario con respecto a ellos. La cuestión la resuelve nuestro art. 510.

(a) [Hay traducción española de esta obra, publicada por la *Biblioteca de la Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928.]

(1) Cfr. para la posesión de los litisconsortes frente a su adversario, CHIOVENDA (lugar indicado en la nota anterior). Dicho autor, n. 181, parece indicar que el art. 510 regula (¿exclusiva o principalmente?) el derecho del usufructuario o del propietario que actuó en autos para pretender el anticipo o reembolso de los gastos respecto del propietario o usufructuario que no se hubiera personado. La refutación de este juicio aparece clara de todo cuanto se ha dicho en el número anterior.

(b) [Correspondiente al art. 505 del Cód. esp.]

(2) DEMANTE (II, 456 bis) cree que está siempre obligado el pretendido usufructuario al pago de los intereses de las cantidades satisfechas por el propietario (o el pretendido propietario), durante el tiempo de vigencia del supuesto usufructo.

(3) AUBRY y RAU, § 231, n. 36; DEMOLOMBE, X, 623; LAURENT, VII, 15.

fructo perdido (1), que es precisamente el concepto que hay que seguir en el sistema de nuestro Código.

Me parece inútil señalar que nada tiene que ver la regulación de los gastos hecha por el artículo 510 con la relación que entre el constituyente del usufructo y el usufructuario pueda mediar a causa de la responsabilidad asumida en el acto constitutivo y de las obligaciones correlativas a toda enajenación a título oneroso (2).

(1) MARCADÉ, ad a. 613, n. 1.

(2) AUBRY y RAU, § 231, n. 33; DEMOLOMBE, X, 618; LAURENT, XII, 24.

CAPÍTULO VIII

OBLIGACIÓN DE RESTITUÍR DEL CUASI-USUFRUCTUARIO

SUMARIO: 340. La restitución según que haya sido o no formalizada la tasación de los bienes.

340. El artículo 587 del Código francés impone al usufructuario de cosas consumibles (1) *«la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit»*. Algunos escritores han creído que por esto el usufructuario está obligado alternativamente a la restitución de cosas iguales en cantidad y calidad a las recibidas, o a la prestación nacida de la tasación hecha al comenzar el usufructo (2); otros, manifestando su extrañeza ante una disposición que, para fijar el contenido de una relación de crédito, encomienda al deudor la elección entre dos prestaciones distintas, y deja a su beneficio completamente el cambio de valor experimentado por las cosas recibidas (pues le permite restituirlas en especie si experimentan una súbita depreciación, o restituír su valor si se han encarecido), creen que la alternativa está únicamente entre la restitución en especie o el pago del valor que las cosas iguales a las recibidas tengan al concluír el usufructo (3). Otros, en cambio, afirman que el precepto se refiere a dos casos distintos, según que se hayan tasado o no las cosas al comenzar el

(1) En el § 1 del capítulo IV hube ya de explicar la extensión que tienen las categorías de cosas en virtud de las que se produce la conversión del usufructo en propiedad, con la obligación de restituír. Por consiguiente, me parece inútil repetir cómo y por qué a todas estas cosas son de aplicar los principios expuestos en el art. 483 para aquéllas «que no pueden usarse sin consumirse», ampliados por el 514 a los «animales que constituyen la dotación de un fundo».

(2) TOULLIER, III, 898; PROUDHON, 1.006 y ss.

(3) AUBRY y RAU, § 236, n. 3.

usufructo, y que al usufructuario incumbe en uno y otro una obligación simple: en uno, la de restituír el valor; en el otro, la de entregar en especie cosas de calidad y cantidad igual (1). Esta es la solución recogida sustancialmente en el artículo 483 de nuestro Código, con la adición de que, a falta de tasación, el usufructuario pueda alternativamente hacer la restitución en especie o entregar el precio corriente que tengan al cesar el usufructo las cosas que se deban restituír (a) (2).

Ya dije (3) por qué de este principio no puede inducirse que la

(1) DEMOLOMBE, X, 291-293; LAURENT, VI, 408.

(a) [El art. 482 del Cód. esp. sigue fielmente el criterio del italiano.]

(2) Según GAYO, 7 *de us. ear rer.*, VII, 5, el objeto de la *cautio* puede ser tanto la restitución de cosas de la misma clase, como el importe de la tasación. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, en el *Boll. ist. dir. rom.*, XIX, ps. 100 y ss., encuentra una antinomia inconciliable entre esto y el pasaje de la Instituta, § 2, *de usufructu*, II, 4, en que se dice que el usufructuario de dinero está obligado a restituír una cantidad igual, y el usufructuario de otras cosas *quae usu consumuntur*, el importe de la tasación. ¿Por qué? La Instituta se refiere al caso de que esté hecha la tasación, cosa que GAYO mismo encontraba *commodius*.—PAMPALONI intenta demostrar la ampliación progresiva del usufructo, después del Senadoconsulto que hubo de admitirlo para el dinero, autorizando su apropiación, con el deber de restituír, a las demás cosas destructibles, sin que la jurisprudencia clásica haya advertido que, por voluntad del constituyente, la misma relación denominada después cuasiusufructo se podía crear respecto a cosas susceptibles de verdadero usufructo; y cree que sea una modificación de los compiladores, que, alterando tumultuosamente los textos, llegaron a producir resultados contradictorios (cual aparece en la antinomia señalada), la que amplió el cuasiusufructo a las cosas de rápido deterioro. Una revisión exegética de los textos llevaría probablemente a conclusiones distintas, y demostraría la continuidad del desenvolvimiento del cuasiusufructo, que de la posibilidad de asignar por objeto de la *cautio* la tasación, se aprovechó para cumplir íntegramente la voluntad del constituyente en relación a las cosas que, susceptibles de verdadero usufructo, quería entregar en disfrute, pero asegurando la conservación de su valor íntegro en el patrimonio. No vamos a hacer aquí el análisis de la tesis histórica. En cuanto a la dogmática, los principios expuestos en el capítulo III de este libro (publicado antes de aparecer el trabajo de PAMPALONI), que identifica la sustancia con el destino económico específico de la cosa, sirve para refutar la afirmación de que sean cosas consumibles aquellas cuyo uso conforme a su destino perjudica a la sustancia de las mismas. Y, por lo demás, rechazamos, no menos resueltamente, la opinión de que los créditos no pueden ser objeto de un verdadero usufructo.

(3) *Supra*, p. 12, n. 1.

tasación no sea elemento esencial del inventario formalizado en escritura pública: el Código tenía que prever el caso harto frecuente de que el propietario no ejercite su derecho a exigir la formalización del inventario, o a exigirlo con aquellas solemnidades; pero si la tasación no fuese un elemento esencial suyo, y por ello el propietario no pudiese reclamarla, la relación entre propietario y usufructuario vendría a determinarse (y el objeto de la obligación a cargo de éste), no por el título constitutivo y los preceptos legales que lo interpretan y completan, sino por la voluntad del usufructuario, que al negarse a hacer la tasación, se reservaría el derecho de restituír las cosas en especie o el precio que tuvieran al cesar el usufructo; pero es voluntad de la ley que la obligación tenga un objeto invariable (1), si el propietario no ha preferido que subsista en la relación aquella variabilidad ínsita en el contrato de mutuo de mercancías o de monedas, en que se contrapesan, para mutuante y mutuario, los riesgos favorables del encarecimiento y de la depreciación. Esto aparece asimismo de que esté dispuesta en primer lugar la prestación de lo tasado, y sólo subsidiariamente en el caso de que la tasación falte, ha lugar a la alternativa entre la restitución en especie o la del precio corriente en la fecha de cesar el usufructo (2).

---

(1) Precisamente: variable sólo en cuanto varía lo que constituye el dinero, que se obliga a devolver el usufructuario mediante la valoración; v. más adelante la página 594. En otro aspecto, aun realizada la tasación, puede modificarse el objeto del usufructo si el usufructuario impugna el inventario que, según creo haber demostrado, no está obligado a aceptar a instancia del propietario. Pero no es exacto que únicamente con la aceptación del inventario pierda el usufructuario la alternativa que le ofrece el último inciso del artículo 483, como se dijo en la pág. 43: basta que esté hecha la valoración para que, según el resultado de la misma, o de la que le sustituya, si impugnó aquélla el usufructuario, esté obligado a devolver el valor de las cosas recibidas.

(2) Se puede también señalar una semejante invariabilidad en la constitución del mutuo, por no haber en nuestro Código disposiciones como las que hay en otros (v. gr., en el austriaco, § 991, siquiera la vigencia hoy de este precepto, que arranca de la Patente de 1803 acerca de la usura, se discuta por los escritores de Derecho austriaco; v. SCHEY, *d. Obligationverhaltniss.*, 1, § 7), que prohiben que en el acto de concederse el uso de una cosa, se contraiga la obligación de devolver un predeterminado valor. El régimen más libre que se ha asignado entre nosotros al contrato de mutuo en comparación con el del Derecho austriaco (en el que se necesita la intervención notarial para el contrato de mutuo entre cónyuges—ley de 25 de julio de 1871—, y en que se estable-

El artículo 483 ha introducido otra corrección, limitando el requisito de la igualdad de las cosas restituíbles a su cantidad y calidad, sin exigir aquella igualdad de valor (de que habla el art. 587 del Cód. franc.) que carece de sentido, si no es un duplicado de la identidad de calidades; cuando para las alteraciones, tanto del valor en uso, cuanto del valor en cambio de la cosa, exigir que concurra en la prestación el carácter de igualdad de valor y de identidad de clase y cantidad, puede hacer imposible la prestación misma.

En la segunda hipótesis, del inventario se obtiene la determinación cualitativa y cuantitativa del objeto de la obligación, y cuando también falta el inventario, de cualquier prueba (1) idónea para demostrar sobre qué cosas que haya podido apropiarse el usufructuario ha quedado constituído el usufructo. Esta determinación, en lo referente a la calidad, puede ser de muy diversos grados; si falta el

---

cen formalidades especiales para la fuerza probatoria del documento en que se consigne el mutuo, Cód. aust., § 1.001), como la supresión de la *querela non numeratæ pecuniæ*, priva de importancia práctica a la cuestión de si la relación jurídica es mutuo o cuasiusufructo; sobre ello, v. SCHEY, *op. cit.*, I, § 9. Entre nosotros tiene todavía importancia la distinción para resolver cuándo se traslada el riesgo, que en el cuasiusufructo sucede en el momento de comenzar (v. más atrás p. 256), y para el mutuo en el momento de entregar la cosa al mutuario (en el Cód. aust., en cambio, no ha lugar a esta distinción, porque los legados son eficaces de modo exclusivamente obligatorio, y únicamente a virtud de un contrato entre heredero y legatario se constituyen tanto el usufructo como el cuasiusufructo). En lo referente, por el contrario, a la incapacidad legal de obrar, ella impide que quede válidamente obligado a restituír el incapaz por razón del mutuo, como que esté asimismo obligado a restitución, a causa de adquirir la posesión de las cosas sobre las que recae el usufructo. Las obligaciones inherentes al usufructo se crean independientemente de la adquisición de la posesión o de otro cualquier acto de voluntad, y la responsabilidad por incumplimiento culposo recae sobre el patrimonio del usufructuario capaz, como sobre el del incapaz, bien sea la culpa suya o de sus representantes legales. Pero el patrimonio del usufructuario no responde de lo prestado al usufructuario incapaz, ni al usufructuario de capacidad limitada sin la debida asistencia; en tales hipótesis no responde de la restitución sino en los límites en que se enriquezca.

(1) También puede hacerse mediante testigos en lo relativo a la existencia de cosas consumibles, siempre que no alcance un valor mayor de 500 liras el conjunto de las que son objeto del usufructo (bien se haya constituído legalmente, bien por disposición testamentaria o mediante contrato): pero en punto a la existencia de éste, que es el presupuesto de la obligación, no habrá lugar a la prueba testimonial.

señalamiento cuantitativo, hay que acudir al juramento supletorio (arts. 1.374-1.377) (a); entre las clases y subclases del género que aparezca señalado, según los principios generales, puede elegir libremente el usufructuario deudor; pero si no está obligado a entregar cosa de la mejor calidad, tampoco puede entregar la de clase inferior (art. 1.248) (b).

Bien nos hallemos en la primera hipótesis, bien en la segunda, cuando en el usufructo resulte comprendido lo que en el momento de la constitución es dinero, la obligación reconoce por objeto, como la obligación del mutuario de él, lo que sea dinero en el momento de extinguirse el usufructo y en el lugar del domicilio del usufructuario deudor donde deba hacerse la devolución (art. 1.249) (c). Se fija la cantidad, cuando en el momento y lugar en que ha surgido la obligación corría como dinero una especie distinta de moneda, mediante la relación señalada entre una y otra clase por la ley que modificara el sistema monetario; a falta de un módulo de equivalencia legal, mediante la relación entre el contenido intrínseco del mismo metal en las dos clases de moneda; a falta de identidad de metal entre las dos clases, atendiendo al valor en cambio del metal desmonetizado en el instante en que ocurrió la alteración del sistema monetario. Cuando las dos clases de moneda siguen teniendo curso legal en lugares distintos, la cantidad se cifra según el tipo de cambio que, con respecto a la moneda que sirve como dinero donde nació la obligación, se cotice en el sitio donde debe hacerse la restitución (art. 39 del Cód. de Com.); el usufructuario que haya recibido papel moneda en un régimen de curso forzoso, cuando desaparezca éste está obligado a restituír la moneda metálica señalada en el billete o la que se le equipare según los criterios expuestos; el usufructuario que haya de restituír dentro del régimen de curso forzoso, queda liberado devolviendo billetes expresivos de la moneda metálica recibida o entregando cantidad de ésta que se equipare a la recibida según los mismos criterios (1).

El deber de restituír que nace en el instante en que se constituye el usufructo, o en el momento posterior en que el objeto se trans-

---

(a) [Estos arts., relativos al juramento deferido por el Juez, de oficio, a una de las partes, no tienen concordancia en la legislación española.]

(b) [Art. 1.167 del Cód. esp.]

(c) [Art. 1.171 del Cód. esp.]

(1) Resumo las conclusiones de la teoría general sobre el pago de deudas en dinero, cuya exposición no sería aquí procedente.

forma en bienes de utilidad simple (1), debe cumplirse en uno y otro caso en el momento de terminar el usufructo; desde esa fecha pueden el propietario o sus herederos exigir el cumplimiento, y al constituirse en mora el deudor, en el primer caso, debe satisfacer intereses legales (art. 1.231) (a), y en el segundo, y cuando no sea dinero el objeto, habrá de resarcir el daño que el propietario justifique haber sufrido con el retraso. Mas antes de dicho instante, el propietario que es un acreedor a plazo, puede exigir la restitución, extinguiéndose para el usufructuario el beneficio del plazo, si cae en insolvencia o disminuye por actos propios la fianza prestada, o no afianza, como prometió.

---

(1) V. *supra*, n. 269.

(a) [Art. 1.108 del Cód. esp.]

CAPITULO IX

USUFRUCTO DE UN PATRIMONIO

SUMARIO: 341. Concepto del usufructo de un patrimonio.—342. Contribución al pago del pasivo por el usufructuario.—343. El activo existente y el objeto de un usufructo del patrimonio.—344. Formas de contribuír el usufructuario al pago del pasivo.—345. Cargas del usufructo legal.

341. El conjunto de bienes pertenecientes a una persona y que constituye el substrato y el medio de desenvolvimiento de las actividades que despliega ella y para ella, adquiere en función de esta finalidad económica una individualidad jurídica peculiar, distinta y contrapuesta a la singular de cada uno de los bienes individuales que lo integran. Las cosas que lo componen no se consideran únicamente en su cualidad de bienes, que están sujetos a una relación de imperio, y convertidos por ello en instrumento de utilidad, sino más bien se les mira en cuanto al destino que tienen de satisfacer con su valor las obligaciones que la persona pueda contraer. Y relacionado el cálculo de los bienes con el de este destino, obtiénense dos series de factores de la universalidad patrimonial: de un lado los positivos o activos, es decir, los bienes; de otro, los elementos negativos o pasivos, o sea las obligaciones que los bienes están destinados a satisfacer (1).

En el momento en que la persona muere, se constituye y asegu-

---

(1) Este cálculo, ¿corresponderá a aquella *appellatio civilis* de los *bona* que anuncia que va a explicar y no explica el fragmento de ULP., 49, *de v. s.* L., 16, después de haber expuesto la *appellatio naturalis* de los *bona* como instrumento de utilidad? *(bona ex eo dicuntur, quod beant hoc est beatos faciunt: beare est prodesse?)*. Cabe creerlo ligando la afirmación de que los *bona* constituyen una *universitas* (AFRIC., 208, *eod.)* con la mencionada definición de PAULO, 39, § 1, *eod.: bona intelleguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt*.

ra la permanencia de la individualidad de la universalidad patrimonial; y así deviene posible que con la muerte no desaparezcan los efectos de la actividad desenvuelta por ella y para ella, sino que continúe habiendo un centro y un representante del haz de intereses que ha engendrado esta actividad, y que la adquisición de los bienes relictos por parte de quien asuma la representación de los intereses ligados al patrimonio, sea una consecuencia de esta asunción. Pero esto no significa, como en el caso de que varios bienes se asocien a una común función económica independiente de su sometimiento a una misma relación de potestad, el que la universalidad patrimonial constituya un objeto de derecho por sí mismo existente y distinto de los elementos individuales del patrimonio (1). No puede concebirse (2) la propiedad de un patrimonio como propiedad distinta de la de aquellos bienes que lo constituyen, puesto que la adquisición de la propiedad de los bienes singulares constituye el único requisito indispensable para que se conviertan en parte del patrimonio. En abstracto, puede concebirse la pignoración de un patrimonio, un derecho de garantía real sobre la universalidad, cuya eficacia consistiría en la seguridad de que se había de satisfacer con el valor del mismo la diferencia entre el activo y el pasivo patrimonial. Pero carecería de sentido si no se refería a la situación del patrimonio en un determinado momento; si la garantía real pudiera ampliarse a los nuevos elementos activos ingresados posteriormente en el patrimonio, y le sustrajésemos el valor correspondiente al pasivo también posterior, la garantía real carecería de toda eficacia. En esta forma, que procuraría un contenido lógico a la garantía real, es desconocido el derecho pignoraticio sobre la universalidad en los mismos sistemas jurídicos que reconocen la prenda general, por la consideración harto obvia de que produciría un efecto contrario al fin práctico de atribuír garantía real, creando, con el señalamiento de la situación del patrimonio en el momento de aparecer el derecho pignoraticio, una preferencia de las obligaciones preexistentes sobre las que estuviesen aseguradas con la prenda. Por ello se ha regulado la prenda general como una prenda sobre el activo, no sobre la universalidad del patrimonio: o sobre el activo existente cuando se crea la prenda, o sobre el activo existente y el futuro (3); y éste es el ca-

---

(1) V. más atrás, n. 273, especialmente las ps. 276 y ss., y 283-285.

(2) En realidad a este concepto singular se asoma ZACHARIE, *Franz. Civilr.*, § 175.

(3) Arg. en SCÆVOLA, 34, § 2, *de pign.*, XX, 1.

rácter que tiene entre nosotros el embargo sobre el patrimonio que trae consigo la declaración de quiebra del comerciante: los acreedores que se presentan hasta el agotamiento de los repartos posibles (artículo 771 del Cód. de Com.) tienen derecho a ser pagados con el activo entero existente y el que se agregue después, durante el estado de quiebra (Cód. de Com., art. 699); a los acreedores que forman parte de la masa a cuyo favor está trabado el embargo, no se les detrae ciertamente el valor correspondiente al pasivo no manifestado aún.

En abstracto cabe concebir también el usufructo de un patrimonio como derecho de goce de la universalidad y surtiría el efecto de atribuír al usufructuario una facultad limitada solamente por la obligación de conservar lo que constituyese la sustancia de la universalidad; es decir, el valor de la diferencia entre el activo y el pasivo patrimoniales. Pero ni aun esto se ha reconocido nunca; se hubiera ido a una confusión de los fines en virtud de los cuales el Derecho individualiza el patrimonio, para enlazar la actividad económica de una generación con la de la que le precede, si reconociendo el usufructo sobre la universalidad, se hubiera admitido el interés de liquidar el patrimonio, y se hubiera dado vida a los medios para ejercitarlo. Y hubiera sido una confusión aún más extraña en cuanto a los fines que generalmente informan las disposiciones legales y las de voluntad privada de que deriva el usufructo (el objeto de distribuír los beneficios de la riqueza sin alterar la armonía del patrimonio), si al llamado al disfrute temporal se hubiera llegado a facultarlo para destruír esta armonía, y se hubiese otorgado un mero derecho subordinado a los herederos y continuadores de la personalidad, a saber, el de obtener al expirar el usufructo la restitución del valor del patrimonio.

Apoyada en algún pasaje de las fuentes, ha sido propugnada otra concepción. Hay quien ha pensado que con la constitución del usufructo sobre un patrimonio no se quiere asegurar nada más que el derecho a disfrutar del importe de la diferencia entre su activo y su pasivo; que por tanto el derecho del usufructuario no consiste en gozar de los bienes pertenecientes al patrimonio, sino en exigir su valor, la cantidad que representa aquella diferencia, para apropiársela con la obligación de restituirla al terminar el usufructo; y de esta suerte el usufructo adquiriría la forma de un cuasiusufructo, que quedaría obligado a constituír el sucesor en la universalidad. Mas si tenemos en cuenta que creando en el heredero una obligación de prestar el valor crearíamos normalmente la necesidad

de liquidar el patrimonio, se ha pensado también que pudiera concedérsele el derecho de realizar la misma prestación de los bienes, deduciendo la parte necesaria para el pago del pasivo, y constituyendo así el usufructo sobre los restantes bienes. Fundamento principal de este concepto es la respuesta de SCAEVOLA que en un legado de usufructo del tercio de los bienes, autoriza al heredero a elegir entre la entrega de los bienes en usufructo o la constitución de éste sobre el valor de aquéllos (1). El escoliasta CIRILO entendió que podía de ella deducir la regla de que semejante elección le corresponde aun en el caso en que se legue el usufructo de todos los bienes (2); pero la respuesta se refiere a un legado del usufructo de una cuota de patrimonio, y forma pareja con otro pasaje en que para el legado de cuota del patrimonio en propiedad, se admite que el heredero puede hacer semejante elección (3). Compréndese cómo a causa de los inconvenientes que lleva consigo toda clase de comunidad, inconvenientes que aumentan cuando se trata de comunidad únicamente del goce (4), se haya tratado de interpretar la voluntad del testador de suerte que evite el nacimiento de tal vínculo de comunidad. Pero es completamente arbitrario generalizar la resolución dictada para el caso de un usufructo de parte alícuota y ampliarla al del patrimonio entero, cuando otros muchos textos nos hablan del derecho del usufructuario *omnium bonorum* sobre los bienes singulares (5), afirmando también expresamente el derecho a pedir la posesión de los distintos bienes (6).

---

(1) L. 32, § 8, *de us. leg.*, XXXIII, 2; *Usum fructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat: quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit, repondit heredis esse electionem, utrum rerum an estimationis usum fructum praestare vellet.*

(2) *Basilic.*, XLI, 68, ed. HEIMBACH, IV, p. 119.

(3) POMP., 26, § 2, *de leg.*, 1.°, XXX; POMPONIO reproduce la opinión opuesta de SABINO y de CASSIO, que consideraban el valor como objeto del legado; de PRÓCULO y de NERVA que reputaban objeto suyo una parte alícuota de los bienes hereditarios, y termina por dejar al heredero que elija, pero considerándole obligado a prestar el valor de aquellos bienes cuya división es imposible o perjudicial.

(4) Véase acerca de esto el siguiente capítulo.

(5) SCAEV., 37, *de us. leg.*, XXXIII, 2; PAP., 24 pr., *eod.*

(6) JUL., 34, § 2, *de us.*, VII, 1; *bonorum autem usufructu legato areæ ususfructus peti poterit.*—La opinión de CIRILO es seguida por BRINZ, *Pand.*, ps. 901 y ss. Creen que sólo en el caso de *ususfructus partis bonorum* tiene el

El usufructo del patrimonio se considera también como la designación colectiva de los derechos de usufructo sobre los bienes singulares del patrimonio, no de un modo distinto a la prenda del mismo; pero, a diferencia de ésta y de conformidad con el fin, completamente distinto del que ésta tiene, que preside a su constitución, se estima que recae sobre los bienes pertenecientes al patrimonio en un determinado momento, en el de constituirse el usufructo. El usufructuario no adquiere un derecho único, sino tantos cuantos sean los bienes y derechos, según la naturaleza de los diversos bienes entre sí; adquiere, pues, desde aquellos a los cuales es inherente la obligación de conservar su destino específico, hasta aquellos otros que lleven implícita la facultad de apropiárselos con la obligación de restituír su valor; y sin prescindir de la figura intermedia de aquellos, finalmente, que llevan consigo el deber de conservar la sustancia, pero junto con la facultad de apropiárselos en un momento ulterior unida a la obligación de restituír. Si lo que se tiene, en vez del usufructo del patrimonio, es el de una cuota del mismo, el usufructuario posee otros tantos derechos distintos sobre una cuota igual de todos los bienes individuales. Cuando al usufructo del patrimonio se le niega el carácter de un derecho sobre la universalidad patrimonial, se deduce inmediatamente el principio de que el usufructuario no es un sucesor universal, no es un heredero, aunque esté llamado en virtud de una disposición *mortis causa* (1); y como corolario de ello se sigue que es posible la constitución por actos *inter vivos* de un usufructo sobre el patrimonio, pero con los mismos efectos que produce la constitución de él *mortis causa*.

342. En el concepto que hemos dado del usufructo de un patrimonio no cabe incluír la obligación del usufructuario de contribuír a sufragar el pasivo del mismo. En abstracto, repito, cabe concebir la atribución de un derecho de disfrute de cuantos bienes integran el patrimonio, al igual que en Derecho romano podía existir un derecho de garantía sobre todos los bienes, excepción hecha de las deudas; y aun las fuentes romanas no vacilaban en que podía existir un derecho de disfrute sobre todo lo que excediera del pasivo (2). Por eso el texto segundo citado dice que la *deductio aeris*

heredero derecho a elegir entre la prestación del valor y la de los bienes en especie, ARNDTS, *Pand.*, § 575; BOECKING, *Pand.*, p. 257, n. 11; BÜRKEL, *op. cit.*, § 2.

(1) V. t. I, n. 92.

(2) VENUL., 43, *de us. leg.*, XXXIII, 2; POMP., *ad l. Falc.*, XXXV, 2.

alieni es una consecuencia de la ampliación que sobre todos los bienes había autorizado el conocido Senadoconsulto (1). Pero una consecuencia sólo, porque antes del Senadoconsulto el alcance del legado *omnium bonorum* quedaba limitado necesariamente a algunos de los sectores componentes del patrimonio, y cabía atribuír al testador la intención de que el heredero atendiese al pago del pasivo con las porciones restantes detraídas al usufructuario. Asegurado al usufructuario el aprovechamiento temporal de cuanto existe en el patrimonio, no es presumible que el testador quiera haber obligado al heredero a buscar fuera del patrimonio medios para hacer frente al pasivo; lo presumible es que haya querido reducir los beneficios del usufructuario al activo resultante después de satisfechas las deudas (2).

Análoga limitación se supone ínsita en la donación y en la venta de un patrimonio; el donante o vendedor no puede querer transmitir la unidad resultante del activo y el pasivo patrimonial, que son considerados jurídicamente como una unidad en relación sólo a su persona o mirando a la que esté llamada, a su muerte, a sucederle; puede transmitir los bienes, no las obligaciones, de que continúa respondiendo con los bienes que más tarde pueda adquirir, después de haberse despojado de los que las garantizaban. Pero, normalmente, no quiere que el donatario o comprador obtengan del negocio mayores beneficios de los que el patrimonio le ofrecía a él mismo, y, por tanto, tácitamente se reputa asociada la adjudicación de las obligaciones de que respondían aquellos bienes al transmitir los distintos objetos que constituyen el patrimonio (3). Como, aun sin necesidad de declaración expresa, el comprador y el donatario del

---

(1) *Usufructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post senatus consultum nulla res est, quæ non cadit in usus fructus legatum*. ELVERS, *Servitutenl.*, p. 597, explica el *quoniam* de POMPONIO de la extraña manera siguiente: que después del senadoconsulto, el factor negativo del patrimonio, las deudas, podían ser objeto del usufructo; y que el usufructo del débito significaría la participación temporal en la carga, como el usufructo de un crédito implica la participación temporal en sus ventajas. Se hace aquí un uso arbitrario de la palabra usufructo, que no tiene relación alguna con el concepto que expresa. Más atrás (p. 398) he expuesto ya el sentido en que puede hablarse de usufructo de una deuda.

(2) PAULO, 24, § 1, *de her. vend.*, XVIII, 4; c. 35, §§ 4-5 *de donation.*, VII, 54.

(3) PAP., 28, *de donat.*, XXXIX, 5; cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 368, n. 6 y § 397, n. 4; ASCOLI, *Donazioni*, p. 224.

patrimonio asumen por completo la carga de las deudas, así el usufructuario de él debe sufrir que el disfrute suyo quede disminuído proporcionalmente a la cuantía de las mismas. Así lo estatuye el Derecho romano al ordenar que a la prestación de los bienes al usufructuario, preceda la *deductio aeris alieni;* y esto es lo que, en otra forma, dispone el artículo 509, que obliga al usufructuario del patrimonio a satisfacer todas las rentas perpetuas y vitalicias y los intereses de todas las deudas o legados que graven el patrimonio, y hacer que contribuya al pago de los capitales adeudados, bien anticipando su importe o satisfaciendo al heredero los intereses del mismo, o permitiendo que el heredero tome del patrimonio las partes de él necesarias para satisfacerlo; sin distinguir entre la constitución del usufructo sobre un patrimonio o una parte de él, ni tener en cuenta que haya sido constituído por actos *inter vivos* o *mortis causa* (1); y en uno y otro caso, habrá de aplicarse como norma supletoria del título, conste éste en un acto de voluntad privada o nazca de una disposición legal; y la interpretación del título podrá llevar al conocimiento de si el constituyente quiso eximir o limitar nada más la obligación de contribuír (b).

---

(1) Como pretenden AUBRY y RAU, § 232, n. 1, y LAURENT, VII, 17, basándose en la premisa errónea de que la participación en el pago de las deudas depende del carácter de sucesor universal que tiene el usufructuario. Admiten la constitución del usufructo sobre el patrimonio mediante un acto *inter vivos* (que tendrá aplicación limitada, pero que no deja de tener aplicación, sobre todo, para la donación universal con reserva de usufructo), GENTY, 247; MARCADÉ, ad n. 612, n. 1, y DEMOLOMBE, X, 548, con la eficacia señalada en los artículos 601 y 602 del Código francés (a).

(a) [Entre nosotros, sostiene DE BUEN que la transmisión del usufructo de todo un patrimonio sólo cabe a título de herencia, y de ello deduce que el art. 506 del Código resulta perturbador e inútil, ya que existe un artículo especial, el 510, para la única hipótesis a que sería aquél aplicable *(loc. cit.*, página 602).]

(b) [Más complicado es el sistema del Cód. esp. Dentro de éste hay que distinguir entre el usufructo constituído *inter vivos* sobre la totalidad de un patrimonio y el usufructo constituído por acto *mortis causa* sobre la totalidad o parte alícuota del patrimonio hereditario. En el primero, el usufructuario no responde de las deudas ni de las prestaciones periódicas a que estuviese obligado el constituyente, salvo en dos hipótesis: pacto en contrario o coligación con el dueño en fraude de acreedores legítimos de éste (art. 506 en relación con el 642 y el 643). En el segundo, el usufructuario está obligado: a) Con relación a las deudas hereditarias, a anticipar las sumas que para el pago de las mismas

De la opinión expuesta se desprende que la obligación de contribuír a las deudas del patrimonio origina un vínculo personal del usufructuario con el constituyente del mismo, o con quien le suceda en la universalidad patrimonial, sin que en manera alguna se constituya el usufructuario en deudor directo de los acreedores asegurados con el patrimonio (1). Cuestión completamente aparte es la de la obligación testamentaria que imponga al legatario de usufructo la entrega de un legado por él mismo a otra persona; debido únicamente a que el artículo 610 (a) del Código de Napoleón considera impuesto a los legatarios de usufructo de un patrimonio o de una cuota de él, el legado de una renta o pensión alimenticia hecho en el mismo testamento, la doctrina francesa concede al legatario de la renta o pensión un derecho contra el legatario del usufructo del patrimonio. Pero incurre en error cuando (2) la obligación directa del usufructuario la amplía a la prestación de los intereses de las deudas y de las anualidades que estaban a cargo del constituyente y a la prestación de los intereses de los legados. Los intereses y anualidades de las deudas preexistentes, forman parte de aquellas obligaciones que pasan al sucesor en la universalidad como elementos negativos que son de la misma. Los legados, con los intereses y anualidades que rindan, son otros elementos negativos mediante los que la voluntad del titular modifica el estado de la universalidad en el instante de la transmisión: son por completo obligaciones del sucesor a título universal de las que no se libera respecto a los acreedores aunque pueda exigir que contribuya a ellas el usu-

---

correspondan a los bienes usufructados, teniendo derecho a exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo, o bien, pagar al propietario los intereses del importe de dichas deudas, si las pagare el mismo de su dinero (art. 510); y b) Con relación a los legados de renta vitalicia o pensión de alimentos, a pagarlos por entero el usufructuario, si fuere éste universal, o en proporción a su cuota, si fuere de parte alícuota; sin que en ninguno de ambos casos esté obligado el propietario al reembolso (art. 508).]

(1) De aquí que en el caso corriente, a que me refiero en lo que a continuación expongo, exista una relación personal entre el legatario del usufructo y el heredero. En el supuesto de constituirse un usufructo de patrimonio por acto *inter vivos*, una relación del usufructuario con el constituyente.

(a) [Art. 508 del Cód. esp.]

(2) AUBRY y RAU, § 532, 10; DEMOLOMBE, X, 522-523; LAURENT, VII, 24-25. DURANTON (IV, 636 *bis*), va más lejos aún, y estima que el usufructuario de un patrimonio se halla obligado para con el acreedor, incluso por el capital, aunque reservándole el derecho a repetir contra el propietario.

fructuario; ni cabe pensar (1) que la aceptación del legado de usufructo implique que se acepta una delegación de las obligaciones de satisfacer los intereses y anualidades a los acreedores de la herencia; a base de la aceptación del legado se reconocería la presunción de una renuncia a las excepciones que puedan corresponder al usufructuario frente al heredero que le intime a cumplir la obligación de contribuír. Únicamente pueden demandar al usufructuario los acreedores que no obtengan o corran peligro de no obtener del heredero satisfacción a su derecho, y se subroguen por eso en las acciones que el heredero mismo tenga contra él; y para ejercitarlas deben esperar a que el demandado proponga tanto las excepciones que pueda formular contra el heredero, como aquellas otras que éste pueda oponerles (2).

No ha reproducido nuestro Código el art. 610 del francés, y al eliminar la presunción de que el usufructuario del patrimonio esté obligado a satisfacer el legado de renta vitalicia o de pensión alimenticia, lo ha incluído entre aquellos elementos del pasivo del patrimonio de que responde el heredero ante los acreedores. Claro está que el título constitutivo puede muy bien reducir la obligación de concurrir con el heredero (3), y lo mismo puede ampliarla o dis-

(1) Esto envolvería una tentativa de justificación; la doctrina francesa o renuncia a ello o emplea indebidamente la expresión «sucesión universal» cuando dice que considera tal la que derive de legado universal o a título universal del usufructo.

(2) Así lo hace terminantemente el Trib. de Bari, 12 de septiembre de 1905 *(Ras. giur. Pugliese,* 1905, 265). Cfr. en el mismo sentido Apel. Turín, 22 junio 1875 *(Legge,* 1875, I, 888), 11 septiembre 1890 *(Mon. Mil.,* 1890, 2, 656); Cas. Turín, 11 septiembre 1890 *(Legge,* 1890, II, 696), 12 septiembre 1897 *(Legge,* 1898, II, 656); Cas. Nápoles, 16 marzo 1904 *(Gazz. proc.,* XXXII, 346). Afirman, en cambio, que el art. 509 no regula la relación sólo entre usufructuario y propietario: Apel. Casale, 22 julio 1889 *(Giur. Casal.,* 1889, 355); Cas. Roma, 14 junio 1886 *(Legge,* 1887, I, 256); Apel. Catania, 20 mayo 1898 *(Giur. Catan.,* 1898, 105); Cas. Palermo, 12 abril 1892 *(Foro,* Rep., 1892, v. *Successione,* n. 136). Y de ello se ha deducido la consecuencia de que se intime al usufructuario para el pago de las deudas hereditarias, negándole el carácter de tercer poseedor (en contra, v. más atrás p. 175, *i. f.):* Trib. de Apel. de Trani, 21 junio 1904 *(Foro,* 1905, 199); o la otra consecuencia de que el mismo legado de usufructo «libre por completo de toda carga» sólo otorga al usufructuario un derecho a repetir contra los herederos: Apel. Trani, 3 julio 1908 *(Riv. giur. Trani,* 1908, 769).

(3) Bien con derogación de la norma del artículo 509: Cas. Turín, 20 diciembre 1876 *(Giur. tor.,* 1877, 170), Apel. Palermo, 7 diciembre 1903 *(Giur.*

poner que se sustituya o se agregue a la obligación de contribuír para con el heredero, la imposición directa de una deuda o de un legado. Esta imposición de una deuda tiene carácter y efectos distintos de la imposición del legado. No obstante el encargo de pago al usufructuario, quien responde de las deudas es el heredero, y contra él podrán dirigirse siempre los acreedores, sin perjuicio de la acción que para repetir le corresponda contra el usufructuario. El legatario del usufructo es el único deudor del legado que vaya unido a su institución y que representa una disminución de los beneficios que se le proporcionan con el legado de usufructo; y de esta diferencia surge una consecuencia importantísima, por cuanto que se refiere a la ampliación de la responsabilidad del usufructuario. Sea cualquiera el título en cuya virtud quepa exigir directamente del usufructuario una prestación periódica (bien sea legado de prestación periódica, o de deuda cuyas anualidades o intereses pesen sobre el legatario del usufructo), sólo le responde el usufructuario al acreedor en los límites de los productos que rindan los bienes que usufructúa. La aceptación del legado de usufructo, que económicamente representa la asignación de unos ingresos, no comprende la asunción de obligaciones que excedan de la cuantía de tales ingresos; y el legatario respecto al cual esté gravado el usufructuario con la prestación, deberá resignarse a que sea disminuída en cuanto exceda de los productos netos que obtenga de los bienes su deudor; en cambio, éste no percibirá los productos sino para satisfacer con ellos su obligación, aun cuando, reteniendo el usufructo, le quede la esperanza de aprovecharse de los futuros productos cuando la obligación cese (1). Pero si al legado está unida una deuda del patrimonio, y el acreedor de la prestación, como si no hubiera tal unión y

---

it., 1904, 2, 53) o bien atribuyendo al pago de un legado el carácter de una carga personal del heredero, y no el de una carga impuesta a la herencia o a una parte alícuota de ella, como lo hace en principio, aunque en el caso específico lo rechace, el Trib. de Cas. de Florencia, en 29 de marzo de 1897 (*Temi Ven.*, 1897, 416).

(1) En esta hipótesis, para aplicar el principio *ne plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento coeperit* (§ 1, l. *de sing. rebus*, II, 24; SCAEVOLA, 20, § 2, *de al. leg.*, XXXIV, 1) no hay necesidad de valorar el usufructo. A fin de limitar la responsabilidad del usufructuario hacia el legatario, se necesitará esta valoración cuando se imponga la carga de un legado de capital, y no un legado de prestación periódica, al usufructuario del patrimonio (y en su caso también al usufructuario de un sector singular de él).

a pesar de ella, puede accionar contra el heredero, y se trata de legado o de deuda, queda obligado directamente sólo el heredero, y cambia la situación; porque el acreedor tiene derecho a exigir del heredero la prestación periódica íntegra, no aquella otra rebajada o disminuída a que venga obligado, en proporción a la renta que perciba, el usufructuario; y el heredero, a su vez, tiene derecho al reembolso íntegro de la prestación periódica por parte del usufructuario que quiera conservar la esperanza de utilizar los productos futuros, pues no puede evitarla por otra vía que con la renuncia del usufructo.

Gravando así al usufructuario con la prestación de un legado, el beneficio atribuído al legatario se subordina al beneficio que pueda obtener el usufructuario; cuando no existe esta unión, deja de existir la subordinación, y el heredero, obligado a responder aun por encima de la cuantía de la masa hereditaria (si es que no ha aceptado la herencia acogiéndose al beneficio de inventario), tiene siempre derecho a que el usufructuario del patrimonio contribuya con la prestación de las anualidades o de los intereses; sin que pueda pretender el usufructuario que para la satisfacción de aquellas prestaciones periódicas que excedan de la renta se enajene parte del patrimonio, cosa que sólo puede hacer el heredero; y no tiene otro medio de sustraerse a prestar más de lo que actualmente perciba como renta, que el de renunciar juntamente con el usufructo a las rentas futuras. Lo mismo ocurre cuando se le grava con un débito en vez de hacerlo con un legado; al dejar íntegra la responsabilidad del heredero para el acreedor, queda igualmente intacto su derecho a hacer que contribuya el usufructuario; el legado de un usufructo de patrimonio no pretende asignar al legatario, a costa del heredero, mayores ventajas que las que pueda ofrecerle la renta entera del patrimonio, deducidas las deudas; el legatario de usufructo no puede estar obligado a sufrir una carga superior al valor del usufructo, pero tampoco puede limitar su responsabilidad a un valor inferior a él, como ocurriría si quedase exento parcialmente de contribuír (1).

Por consiguiente, ante el heredero, y, más generalmente, ante el titular del patrimonio, responde el usufructuario siempre en cuanto

(1) Cfr. PROUDHON, 1.824; DEMOLOMBE, X, 605; pero es de advertir que a causa del citado art. 610, el Derecho francés sustituye con una distinción entre deudas y legados la diferenciación propuesta aquí entre deudas con que se grava o no, y legados periódicos, no unidos, de un lado, y de otro, legados con que se grava al usufructuario.

que ha de auxiliar a enjugar el pasivo sin contemplación a la cuantía de sus rentas; pero no puede decirse con exactitud que esté obligado a más que a lo que lleguen estos ingresos, derivados del usufructo, porque renunciando a éste puede eximirse de la carga. La obligación de contribuír, como todas las obligaciones para con los propietarios, no nace con un acto de voluntad distinto de la aceptación del usufructo, o sea del que realiza para adquirir el derecho; es una cosa inherente al mismo y no va más allá de él (1). Cierto que si el efecto de la disposición legal o del acuerdo de voluntad privada que constituyen el usufructo del patrimonio, fuese erigir diversos derechos distintos de usufructo, imponiendo al usufructuario la obligación de contribuír al pago del pasivo, estos efectos se señalan en un acto único y no pueden alterarse por voluntad del concesionario, quien no puede aceptar por una parte, éste o aquel fundo, y rechazar por otra la oferta contenida en la disposición, porque como ésta es única, la aceptación parcial equivale a una negativa. El que al aceptar venga a ser usufructuario, podrá, sí, renunciar sucesivamente al usufructo de uno o más bienes, y de esta suerte eximirse en lo porvenir de la obligación de reparar y atender a las cargas inherentes al goce de los mismos, aun conservando el usufructo de otros (2); pero sólo con la renuncia al usufructo puede liberarse de la obligación de contribuír al pago de las deudas.

(1) Inútil me parece decir que con la renuncia se libra de los intereses y de las anualidades futuras, es decir, las exigibles en cualquier momento por el plazo o parte de él que estén en curso al hacer la renuncia y por los períodos sucesivos, aun cuando quede obligado por aquellos otros relativos al plazo durante el cual disfrutó de los bienes. Aquí aparece una cuestión análoga a la que tratamos al ocuparnos de la obligación de reparar y satisfacer las cargas: ¿podrá librarse de prestar en aquellos períodos no vencidos o no satisfechos, o incluso repetir el pago que haya hecho, restituyendo por completo las rentas percibidas? Consecuente a los principios expuestos de que la obligación es inherente al derecho, contesto negativamente también en este caso; no se puede dar efecto retroactivo a la renuncia. Pero queda sujeta a los principios generales la facultad de impugnar, por ignorancia excusable de la cuantía del pasivo, la misma aceptación del legado y privarle así de efectos *ab initio*.

(2) También discute esto PROUDHON (2.197), que cree consecuencia ulterior de la unicidad de la disposición el que sea imposible, renunciando a bienes singulares, liberarse de las obligaciones inherentes a ellos; creo, en cambio, que hay que distinguir las obligaciones inherentes al conjunto de derechos sobre los bienes comprendidos en el patrimonio, de las inherentes a los distintos derechos singulares. V. por lo demás el l. IV, n. 360.

343. El enunciado que figura al principio de este capítulo: «patrimonio es el conjunto de bienes de una persona», obliga a señalar la extensión del patrimonio y los objetos sobre que recae el derecho de usufructo. La definición de bienes que resulta del artículo 406 (a), a saber, todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad, no basta; ni tampoco el concepto aproximado que la doctrina corriente da del patrimonio clasificando como derechos patrimoniales, contraponiéndolos a los de personalidad y familia, los derechos reales y de obligación. Volviendo a la distinción fundamental que hicimos en las páginas primeras de este tratado entre propiedad de cosas corporales y propiedad de derechos, e invocando como hice poco ha la consideración que le sirve de base, esto es, que las cosas no son bienes sino en cuanto se hallan situadas en una relación jurídica con la persona, puede afirmarse que únicamente son bienes los derechos, y por ello constituyen elementos del patrimonio, colocando en primera línea entre ellos la propiedad de las cosas corporales (1); pero sólo se trata de los derechos susceptibles de estar destinados a satisfacer con su valor las obligaciones de la persona; por consiguiente, no todos los derechos que procuran una utilidad económica al titular, sino los que pueden ser para personas distintas de él un medio de conseguir utilidad económica; en una palabra: *los derechos que tienen valor en cambio*. La aplicación rigurosa de esta fórmula reduce el número de derechos propiamente patrimoniales más de lo que lo hace la doctrina corriente; se necesita aún, sin embargo, otra restricción más para señalar de entre los derechos propiamente patrimoniales cuáles son los que constituyen objeto del usufructo; porque por una parte al usufructo se sustraen los derechos susceptibles de pignoración, pero no de voluntaria cesión por el titular, y a la constitución del usufructo *mortis causa*, los derechos cedibles pero no transmisibles; en tanto que, por otro lado, hay derechos perfectamente individualizados que no pueden ser transmitidos sino ligados a otros, y que en su virtud no tienen un valor propio de cambio, ni pueden ser objeto por sí del usufructo.

En la serie corriente de los derechos reales, no cabe duda de que pueden ser elementos del patrimonio y objetos posibles del usufructo, la propiedad de las cosas corporales y la enfiteusis. Normalmente, se admite también que lo sea el usufructo mismo, aun cuando

(a) [Art. 333 del Cód. esp.]

(1) Lo que nos lleva a considerar como objeto del usufructo la propiedad misma, en vez de la cosa sobre que recae. V., además, el t. I, ps. 11 y ss.

no ocurra así cuando se trata de la constitución *mortis causa* del usufructo sobre el patrimonio al que originariamente pertenece, pues no entra como objeto sino el usufructo que ha sido transferido al patrimonio (1); pero no puede salir del patrimonio, ni ser, por tanto, objeto posible de usufructo el usufructo atribuído como instrumento de funciones encomendadas al titular (usufructo de los padres, disfrute del marido sobre la dote, usufructo del patrimonio real, de los beneficios). Tampoco son idóneos el uso y la habitación para constituír sobre ellos usufructo, primeramente porque son intransmisibles, y por ello no se prestan a su constitución por actos *inter vivos*, y, además, porque tampoco *mortis causa* cabe crearlo, debido a que tales derechos están limitados a la vida del usuario (2). Tampoco son aptas para constituír objeto de usufructo las servidumbres prediales, salvo en cuanto aquél se constituya sobre el fundo a cuyo favor están establecidas; pero no forman objeto propio de él, y generalmente puede, además, negarse que constituyan por sí mismas elementos del patrimonio. En cierto sentido sí forma un elemento propio del patrimonio la hipoteca, que puede cederse por separado del crédito a que va unida, para asegurar un crédito distinto; pero el ejercicio del derecho de hipoteca no corresponde al usufructuario del patrimonio sino como medio para cobrar el crédito que garantiza la hipoteca misma en el momento en que nace el usufructo; tenemos aquí, por tanto, un derecho estrictamente patrimonial que tampoco constituye por sí un objeto de usufructo. Verdaderos derechos reales sobre cosas incorporales son los derechos de autor e inventor, que entran en el patrimonio desde el momento en que el autor o el inventor se los reserva mediante la publicación de la obra o el depósito del invento; desde este instante son objeto posible del usufructo, con la particularidad, ya notada, de que cuando los herederos sean los que constituyan al derecho de participar en la utilidad económica de la obra, porque estén facultados exclusivamente para realizar aquella publicidad que no efectuó el autor o inventor, en el propio instante de constituirse viene a extenderse al derecho mismo el usufructo nacido al abrirse la sucesión sobre el patrimonio que se acrece posteriormente con este derecho (3). Por la aplicación que del nombre de una persona se haga

(1) Cómo pertenezca al patrimonio, lo veremos en el l. IV.

(2) BEKKER (*System*, § 41) los llama derechos no estrictamente patrimoniales.

(3) El aumento del patrimonio por obra de los herederos que puede ocu-

para designar los productos de un establecimiento industrial o mercantil o el establecimiento completo, puede derivarse otra forma de derecho real nacida del mismo derecho personalísimo al nombre, así como también en caso de voluntaria adopción de un nombre distinto del nombre personal o de una marca; y esto también forma un elemento patrimonial, y a él se amplía el usufructo del patrimonio; siendo así que el interés económico que ofrece el uso del nombre personal que no esté objetivado en un establecimiento, sino que sirva de medio para conservar la clientela profesional, no es susceptible de tutela para el usufructuario del patrimonio, más que mediante la asignación de un derecho de crédito respecto a los herederos (1). Junto a los derechos reales de carácter privado, hay derechos privilegiados sobre cosas públicas; si éstos constituyen o no elementos del patrimonio a que se extiende el usufructo, depende de los términos de la concesión administrativa que los reconoce; la regla es la de su posibilidad de cesión y transmisión, pero caben limitaciones expresas o implícitas en cuanto a la persona del concesionario. Entre los derechos de obligación no puede negarse categóricamente el carácter de derecho patrimonial al derecho a los alimentos; porque si bien no pueden ser transmitidos voluntariamente (2), no quedan sustraídos por completo a los derechos de los acreedores, aun cuando por naturaleza son intransmisibles y en todo caso quedan excluídos del usufructo. Hay varios contratos que

---

rrir en otros muchos casos, no cede en beneficio del usufructuario. Y así ocurre cuando, merced a los actos de los herederos, experimentan una transformación los factores que encontraron en el patrimonio, antes de que el usufructuario pida que se le dé posesión. A esto se refiere una notable decisión de las fuentes que ya hubimos de citar con otro motivo (p. 458, n. 2): si el heredero en el intervalo que precede a la posesión del usufructuario, coloca a renta el dinero hallado en la masa, o capitales que en ese intervalo haya cobrado, no corresponden los frutos al usufructuario. El usufructo no recae sobre el crédito creado por el heredero; el usufructuario podría exigir las cantidades que formaban parte de la masa o se han percibido a su vencimiento, y adueñarse de ellas con la obligación de restituirlas. Si, en cambio, se aviene a percibir la prestación del crédito creado por el heredero, tiene derecho a disfrutar de él desde el momento en que se le entrega (en Derecho romano desde que presta la *cautio*, en Derecho moderno desde que pide la posesión); del plazo anterior no tiene derecho a los frutos.

(1) V. más atrás págs. 304 y siguientes.

(2) Cfr. CICU, *Natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti* en la *Riv. di dir. civ.*, II, 304 y siguientes.

engendran derechos imposibles completamente de cesión y transmisión hereditaria, como el arrendamiento de obra, en cuanto da derecho a la prestación de servicios a la persona; algún arrendamiento de obra en cuanto da derechos a la remuneración de un trabajo por realizar (1); también el mismo arrendamiento de obra en cuanto da derecho a ejecutar un trabajo para obtener su remuneración (2). La aparcería crea para el colono un derecho normalmente intransmisible, a menos que se den ciertas condiciones (art. 1.653) (a), aun cuando se haya estipulado la cesión; un derecho que siquiera no carezca completamente de todo carácter patrimonial, no puede ser objeto de usufructo (3). En el mismo arrendamiento de cosas, el derecho del arrendatario que siempre tiene carácter patrimonial, aun cuando se prohiba la cesión (ap. 1.° del n. 3 del art. 1.958) (b), mediante contrato puede convertirse en intransmisible y quedar sustraído así al legado de usufructo. Este efecto es más común en el derecho al uso de la cosa entregada en comodato (art. 1.807) (c) y la intransmisibilidad del derecho que crea el comodato, puede estipularse generalmente (1.127) (d) con o sin la simultánea prohibición

(1) Nace con el contrato, no el derecho a obtener una prestación bajo la condición de que se ejecute la obra, sino el derecho a la remuneración por la obra que ha de realizarse; por consiguiente, no hay un derecho que pueda cederse, ni transmitirse, ni pignorarse antes de ejecutar la obra; la cesión voluntaria no inviste al cesionario de un derecho a la remuneración contra el deudor antes de que la obra sea ejecutada, y no tiene eficacia sino entre cedente y cesionario. Esto justifica jurídicamente la inembargabilidad del precio; las normas que sustraen al embargo los sueldos de algunos empleados públicos tienen carácter de Derecho singular sólo en cuanto se refieren a los atrasos.

(2) Ostenta un derecho el arrendatario aun cuando el arrendador pueda en determinadas condiciones (art. 1.641) privarle de él. En cambio, no se puede hablar de un derecho del mandatario a la ejecución del mandato, aunque la revocación del mandato hecha sin causa dé derecho a indemnización (art. 366 del Cód. de Com.). Este derecho a indemnización ingresa en el patrimonio en el momento mismo en que la arbitraria revocación ocurre, y tiene los caracteres de transmisible y susceptible de sujeción a un usufructo.

(a) [En Derecho español no hay reglas especiales acerca de la transmisión de la aparcería, rigiéndose ésta, a falta de pacto en contrario, por las disposiciones del contrato de sociedad (art. 1.579).]

(3) En todo caso, con las consecuencias notadas en la p. 307 y citadas en la nota 3 de la p. 419.

(b) [Cfr. art. 1.922, n. 7.° del Cód. esp.]

(c) [Art. 1.742 del Cód. esp.]

(d) [Art. 1.257 del Cód. esp.]

de cederlo voluntariamente, y así desaparecer la posibilidad de que sea objeto de usufructo. Ya advertí (1) que el derecho del asociado, cuando la cuota de participación social no está representada por un título de crédito no puede ser por su naturaleza objeto del usufructo, aun cuando no esté excluída la posibilidad de la transmisión hereditaria. Aparte de la atribución privilegiada de usar cosas de dominio público, las concesiones administrativas engendran derechos de índole obligacional, respecto a los cuales puede igualmente ser excluída, o subordinada a condiciones particulares, la cesión, y lo mismo la transmisión hereditaria (2).

No sólo sufre una alteración el patrimonio cuando se incumple una obligación o se viola un deber correlativo a un derecho patrimonial, sino también cuando el ataque a un derecho no patrimonial origina la necesidad de un gasto, y por ende el sacrificio de lo que es objeto de un derecho patrimonial, o la privación de tal derecho. Y así se realiza también cuando el ataque a un derecho no patrimonial ocasiona la privación de la utilidad económica que pudiera haber procurado el derecho mismo. Supuesto el concepto indicado del daño patrimonial, que no hay para qué desarrollar aquí, compréndese en qué extensión se debe reconocer carácter patrimonial en cuanto al derecho a exigir que indemnice el responsable; derecho adquirido para el patrimonio en el momento mismo en que se realiza la violación determinante del trastorno patrimonial. Pero cuando la ofensa recae sobre los derechos de personalidad o de familia, queda reservada la reacción a la voluntad del titular de ellos, porque implicaría disminuír su personalidad el que se invocara, sin contar con él, la violación ocurrida de tales derechos, a fin de que sirviera como instrumento de otros intereses patrimoniales. Si el ofendido dedujo la acción de resarcimiento, podrá indudablemente proseguirla el usufructuario del patrimonio; y el ofendido puede asimismo cederla o hacerla objeto de usufructo; si muere sin ejercitarla o sin haber dispuesto acerca del particular, únicamente los herederos, y sólo ellos, podrán ejercitarla si quieren, para tutelar lo que se ha convertido en un interés patrimonial suyo, en el que participa el usufructuario del patrimonio, pero sin compartir con ellos la tutela de los intereses morales unidos a la personalidad y que sobreviven a la persona.

(1) Más atrás, p. 404, n. 4.

(2) Aquí también, cuando hayan de aprovecharse de la concesión los herederos excluyendo al usufructuario, con las consecuencias señaladas en la p. 307.

Se ha discutido singularmente respecto al derecho del usufructuario de un patrimonio al disfrute de la indemnización adeudada por el responsable de la muerte (1). Es inadmisible desde luego cuando la indemnización se pida *jure proprio*, no *jure hæreditario*, y fundada en el daño que causa la muerte a los herederos en razón de los vínculos que les unían al difunto y a los beneficios de que con su muerte se ven privados. No puede negarse en general que en razón al valor económico de la vida cabe considerar como daño en el patrimonio mismo que corresponde a una persona, el quebranto que con su pérdida produce el atentado a su integridad física; y que, como quiera que de la reparación de todos los daños subsiguientes al atentado puede disponer su víctima, así pueden los herederos invocarla como derecho a ellos transmitido, si la reparación no la pidió ni dispuso que se pidiera; y si los herederos ejercitan la acción de resarcimiento como derecho transmitido, debe participar de él el usufructuario del patrimonio, aunque no pueda por sí promoverla independientemente de ellos, ni tampoco exigir que ellos la promuevan para abrirle así la puerta a dicha participación.

Del patrimonio forman parte indudable y son normalmente objeto del usufructo los derechos que arrancan de un negocio jurídico anulable o resoluble y que, con la anulación o resolución, producen el efecto de obtener el restablecimiento de un vínculo de potestad del que puede obtener utilidad el usufructuario. El derecho a anular o resolver se adquiere inmediatamente que se realiza el negocio, y si su ejercicio se produce mediante una declaración de voluntad y la deducción de una demanda judicial, no puede quedar al arbitrio del titular, como no puede quedar el cobro mismo de un capital, una vez constituído el usufructo sobre el patrimonio en que haya ingresado; al modo como no queda tampoco al arbitrio de aquél o de sus herederos cuando se trate de un simple interés de crédito que quepa aprovechar.

Pero a la limitación que ya quedó señalada, respecto a la participación del usufructuario en el ejercicio de derechos de tal clase, por resultar incompatible con la conservación de la sustancia de otros bienes que se le hayan confiado (2), hay que agregar otra limitación, cuando el ejercicio del derecho vaya unido a un interés moral reservado a la voluntad del titular. La donación es revocable

(1) De ello trata CASTILLO, *de usufructu*, cap. XL.

(2) Como en la acción redhibitoria o en la redención del canon enfitéutico: v. más atrás p. 482 y ps. 573 y ss.

por ingratitud del donatario; y el derecho a revocar nace en el momento mismo de donar, bajo condición de que luego ocurra el hecho calificado jurídicamente de ingratitud. Pero el donante puede disponer a voluntad de tal derecho, y queda privado de él si guarda silencio durante un año desde que tuvo conocimiento del suceso; y los herederos no pueden ejercitarlo sino dentro de este mismo término cuando falta el donante antes de que transcurra el plazo a que la ley atribuye la presunción absoluta de su deseo de perdonar (art. 1.082) (a). También aquí la resolución reservada a la voluntad del titular puede ser sustituída o compartida por los herederos, pero no por nadie más, aunque con ello ejercite derechos tuitivos de sus intereses patrimoniales. Lo que sí podrá hacer el usufructuario de un patrimonio, es beneficiarse con la restitución a que se pueda condenar al donatario a virtud de acción revocatoria promovida por el donante o por sus herederos. No me parece, en cambio, que haya dificultad en autorizar al usufructuario del patrimonio para que ejercite independientemente la acción revocatoria de la donación a causa del nacimiento posterior de hijos del donante, y con ello constituya el usufructo sobre lo restituído por el donatario, aun cuando renuncien los herederos a recuperar su propiedad.

Por último, creo que, así como se desprende del artículo 949 del Código civil (b) que los acreedores del destinatario de una oferta pueden aprovecharse de ella, lo mismo podrá hacer el usufructuario de un patrimonio y beneficiarse así con una adquisición que se hubiera ofrecido a su causante, o a que éste hubiera sido llamado por un precepto legal o una disposición *mortis causa*. No se trata de reconocerle derecho a reivindicar por sí la cualidad de heredero, sino de permitirle que obtenga el disfrute de los bienes que el llamado a la herencia o al legado, o sus herederos, hubieran podido adquirir mediante la petición de herencia o la de entrada en posesión del legado. Y así como la renuncia del llamado no debe perjudicar a sus acredores, lo mismo la aceptación interrumpida por parte del llamado o de sus herederos, y la renuncia de éstos, no debe perjudicar los derechos adquiridos del usufructuario sobre el patrimonio, pues ya que no pueda considerarse que es elemento de él la calidad misma de heredero ofrecida al llamado, y que él no podría enajenar, sí lo son los bienes que con el reconocimiento de tal carác-

(a) [Cfr. art. 653 del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.001 del Cód. esp.]

ter hubiera adquirido. La disposición *mortis causa* señala irrevocablemente la transmisión y entrada de tales bienes en el patrimonio del llamado, bajo condición, sin embargo, de que no renuncien él o sus herederos. El que constituyó un usufructo sobre su patrimonio, conociera o no la delación hecha a su favor, quiso que el usufructuario participase de todas las utilidades económicas de que era susceptible dicho patrimonio, y debe asegurársele al usufructuario este interés en tal participación con independencia de la voluntad de los herederos (1). Tampoco puede subordinarse a una subrogación judicial el ejercicio por parte del usufructuario de las acciones que corresponden al llamado, como sucede con respecto a los acreedores en el caso de renuncia hecha por aquél. Cierto que deberá pedir la presencia en autos de los herederos, para que si éstos no han renunciado puedan asociarse a su demanda; y si han renunciado, para que se declare que su renuncia sólo afecta a la nuda propiedad de los bienes relictos (2).

La enumeración de los elementos del patrimonio que devienen objeto del usufructo, no agota los derechos que puedan corresponder al usufructuario del patrimonio. Aun cuando sea completamente extraño a toda participación en los derechos derivados del estado de familia, podrá pedir el reconocimiento judicial de aquellos de que dependa la cuantía del patrimonio; y por esto instar la nulidad de un matrimonio contraído no obstante los impedimentos de orden público que existían para ello, para que el que posee ilegítimamente la condición de cónyuge no prive al patrimonio de la porción que reserva la ley al cónyuge supérstite; para debida integridad del patrimonio, podrá deducir acciones de impugnación de la legitimidad, o ir contra el reconocimiento de un hijo natural; en esto no hay nada especial del usufructo del patrimonio, porque tratándose de acciones abiertas a todo el que tenga interés en ello, es admisible su ejercicio aun por parte del usufructuario particular que, por ejemplo, haya de defenderse contra la acción de reducción deducida por quien fundado en un estado que no le pertenece, pretenda una cuota legitimaria. He citado estas acciones para recalcar que la cualidad

(1) Es inútil enumerar aquí los varios medios que pueden emplearse para asegurar al patrimonio los bienes de una herencia transmitida al titular del mismo: exclusión de sucesores indignos, reducción de donaciones y legados, colación de liberalidades, etc.

(2) No creo que nadie se haya ocupado hasta ahora de la grave cuestión que se plantea aquí.

de usufructuario del patrimonio no autoriza la participación de éste en aquellas otras reservadas a los sucesores universales; en la acción negatoria de paternidad legítima únicamente pueden sustituír al marido los herederos (artículo 167) (a) del que no habiéndola deducido, haya muerto antes del plazo de prescripción para interponerla; pero no el usufructuario del patrimonio, aunque pueda luego beneficiarse de una acción deducida por los herederos y resuelta a su favor.

344. Ninguna dificultad presenta determinar el pasivo patrimonial que está obligado a sufrir el usufructuario. Ya he notado cómo la norma única del artículo 509, que ha sustituído a las de los artículos 610 y 612 y a la norma complementaria que con menos exactitud se deduce del 608 del Cód. francés, coloca en el mismo plano las obligaciones preexistentes a la muerte y las creadas en un acto de última voluntad (b), cuando se trate del caso corriente de un usufructo de patrimonio constituído *mortis causa* (1). Pasivo del

---

(a) [Arts. 111 y 112 del Cód. esp.]

(b) [Ya sabemos que en el Código español se regulan con separación: El art. 508 se ocupa de la responsabilidad del usufructuario por razón de ciertas deudas *testamentarias* de naturaleza especial, y el 510 de su responsabilidad por deudas *hereditarias*.]

(1) Parece que en las resoluciones de las fuentes y para el caso semejante de un legado de usufructo del patrimonio, hay una divergencia en el modo de calcular el pasivo. Si según SABINO *ap.* JUL., 104, § 7, *de leg.*, l. XXX, se deducen del activo, lo mismo que las deudas preexistentes aquellas otras derivadas de actos *inter vivos*, pero subordinadas al hecho de la muerte, de un pasaje de MODEST., 9, *de leg.*, 2.°, XXXI, parece que únicamente en razón a la cláusula *pars bonorum meorum quæ sunt cum moriar*, se permite esta deducción, y que en defecto de la misma se calcula el activo líquido, sin tomar en consideración en daño del legatario las deudas exigibles después de la muerte, ni las manumisiones dispuestas en el testamento—¿de los legados en general?—, ni de los gastos de entierro y funeral. Cfr. PAULO, 8, § 5, *eod.* Históricamente no creo que pueda explicarse la divergencia. Incidentalmente observaré aquí que en el trabajo citado en la p. 591 sostiene PAMPALONI que en el Derecho clásico no estaba obligado a pagar las deudas el usufructuario de todos los bienes, y que esta carga hubo de crearse casi para compensar la aplicación del usufructo a los créditos; afirmación cuya prueba principal encuèntra en ULP., 29, *de us.*, VII, 1, pasaje referente a un legado de usufructo de todos los bienes cuyo valor exceda de las tres cuartas partes del as. Pero ha de suponer que la reproducción del pasaje se debe a un descuido de los compiladores de las Pandectas, que no advirtieron la contradicción con el nuevo sistema de la deducción. ¿Y

patrimonio a que el usufructuario debe contribuír, en la forma que expondré a continuación, son a más de las deudas y los legados, los gastos de entierro y funeral (1), los gastos necesarios para fijar la cuantía del patrimonio (colocación de sellos, e inventario, C. P. c., 848, 868), a reserva de que a los gastos de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse durante tales operaciones, haya que aplicar el régimen de la distribución de costas; y los gastos necesarios para el ejercicio de las funciones de los albaceas (2).

Del pasivo del patrimonio no forman parte los impuestos que devengue la transmisión (impuesto de derechos reales) que gravan por separado a los llamados a título particular o universal, según el parentesco que les una con su causante (arg. Ley de Registro, artículo 51) (3). La obligación de pagar el impuesto no nace al abrirse la sucesión, sino en el momento de adquirir los bienes los llamados a ello; a diferencia de lo que ocurre con los gastos de funeral y de entierro, y con los gastos de determinación del caudal; y como la ad-

---

se puede rechazar que el usufructo, habida cuenta (además de la edad del usufructuario, según el principio de la l. 68, *ad leg. Falc.*, XXXV, 2), de la circunstancia de que los bienes sean de escaso valor y de lejana renta, aun deducidas las deudas, pueda evaluarse como excediendo las tres cuartas partes de la masa? En ello no han caído los escritores del Derecho común: cfr. BORGNINUS CAVALCANUS, *de us. mul. rel.*, n. 225.

(1) En contra, y por lo que se refiere al Derecho romano, BÜRKEL, *op. cit.*, p. 113, tomando como base los pasajes citados de MODESTINO y PAULO; en el Derecho vigente no hay duda alguna (v. DEMOLOMBE, X, 544), porque a esos gastos se les ha reconocido el carácter de privilegiados sobre los bienes del difunto.

(2) En el pasivo del patrimonio no se incluyen las legítimas que corresponden en propiedad a los herederos forzosos, viniendo así a establecerse con el usufructuario del patrimonio una comunidad de goce. Si los descendientes legítimos quieren satisfacer en dinero la parte correspondiente a los hijos naturales, no pueden exigir el concurso del usufructuario para satisfacer esa obligación que ellos mismos crean y que no existe en el patrimonio, pues los derechos del usufructuario deben quedar inalterables, salvo que por exceder de la parte disponible la porción legada en usufructo, proceda aplicar el art. 810, según puede verse en el t. I, nn. 145 y ss.

(3) Por eso para el pago del impuesto, que es una carga personal de los herederos y no de la herencia, no puede exigir el heredero que se vendan bienes hereditarios y se sustraigan así al disfrute del usufructuario. Acerca de las relaciones que surgen entre heredero y usufructuario cuando para atender al impuesto que uno y otro deben satisfacer se ponen de acuerdo a fin de proceder a la enajenación, cfr. Cas. Nápoles, 3 julio 1907 *(Diritto e giur.*, XVII, 142).

quisición del usufructo es independiente de la adquisición que de la universalidad hagan éstos o aquéllos entre los herederos llamados, y está aquélla gravada con el impuesto, hay que rechazar que el usufructuario tenga la obligación de contribuír al que devengue la transmisión de la universalidad (1). Esto aparte, el usufructuario debe contribuír al pago del impuesto de la sucesión transmitida a su causante (2); así contribuye al impuesto quien hace donación o venta de una herencia, reservándose el usufructo: la obligación nace para el enajenante antes de constituirse el usufructo, y arrojando la carga sobre el adquirente, se guarda una parte proporcionada al disfrute que se reserva, independientemente de los demás impuestos que devengue la enajenación.

La forma de concurrir el usufructuario al pago del pasivo, la regula el artículo 509 (a) (3). El usufructuario debe satisfacer íntegramente, o proporcionalmente a su parte, las anualidades perpetuas o vitalicias y los intereses de las deudas y legados. Si paga estas

---

(1) Salvo el privilegio especial de que goza la cuota del impuesto (artículos 1.958, n. 1, y 1.962) sobre el valor total de los bienes; v. el art. 51 de la ley citada. Sobre este punto hay conformidad en la doctrina: v. PROUDHON, 1.874; DEMOLOMBE, X, 545; AUBRY y RAU.

(2) Como de cualquiera otro impuesto atrasado: v. SCAEVOLA, 32, 9, *de us. leg.*, XXXIII, 2.

(a) [Cfr. el art. 510 del Cód. esp.]

(3) Está suprimido el inciso que en el art. 612 del Cód. franc. obliga al avalúo *«du fonds sujet à usufruit»*; es necesario hacer la valoración de la totalidad de los bienes (no *du fonds)* gravados con el usufructo, cuando no se trata de legado de usufructo del patrimonio completo ni de una cuota parte de él, sino de los muebles o de los inmuebles o de una parte alícuota de ellos (DEMOLOMBE, X, 553); disposiciones que en el sistema del Cód. franc., que atribuye al legado de todos los inmuebles o de todos los muebles el carácter de un legado a título universal, se sujetan con razón a las previsiones del art. 612. En nuestro sistema legal no existe la división del patrimonio en parte inmobiliaria y mobiliaria, y el legado de todos los inmuebles o de todos los muebles no tiene carácter de sucesión a título universad (v. ASCOLI en el *Foro it.*, 1889, 635). En consecuencia, debe decirse que el legado de usufructo de bienes inmuebles o de bienes muebles no sitúa en relación alguna al usufructuario con la universalidad patrimonial y no le impone la obligación de participar en el pago de las deudas. Esta deducción rigurosamente lógica permite probar, además, que el disponente quiso imponer al usufructuario la carga de participar en los gravámenes; en tal caso y para señalar la proporción, habría que recurrir a apreciar la totalidad de los bienes dejados al usufructuario en relación con el valor total del patrimonio.

deudas o legados, habrá de aguardar a que termine el usufructo para que le reembolse el propietario. Sin quedar subrogado legalmente en los derechos del acreedor pagado, tiene el de ser reembolsado por la liberación que a su costa haya procurado al propietario (1); porque no está obligado, juntamente con el propietario, al pago (2), aun cuando tenga interés en extinguir la deuda para eximirse de este modo de la obligación de prestar los frutos. Únicamente en el caso de que los acreedores que tengan inscrito su derecho en el Registro inmobiliario insten la subasta de los bienes, debe el usufructuario, como tercer poseedor, previo pago, subrogarse en los derechos de ellos (3). Tiene derecho al reembolso al concluír el usufructo, normalmente según el título constitutivo, o anticipadamente a virtud de renuncia, porque al cesar en el goce del patrimonio, cesa la obligación de sostener temporalmente la carga del pasivo, que se realiza precisamente con el aplazamiento del reembolso. Y tiene derecho al reembolso en el momento mismo de cesar el usufructo; y desde este momento, por tanto, se le deben los intereses de las cantidades satisfechas, no desde aquel en que se deduzca la demanda (4), salvo que haya pagado la deuda antes del vencimiento y éste no ocurriera antes de cesar el usufructo; porque con el anticipo no puede imponer al propietario la obligación de que pague antes del vencimiento. Aunque para eximirse de la carga de satisfacer intereses elevados, o mediante acuerdo con el acreedor, o ejercitando la facultad que le confiere al deudor el artículo 1.832, hubiese anticipado el pago, no podría obligar al dueño a que contribuyera a semejante anticipo, ni pedirle el reembolso en momento en que cesa el usufructo, sí, pero anterior, de todos modos, al vencimiento contractual; y deberá contentarse con percibir los intereses lega-

---

(1) También lo está por la liberación que a su costa y sin su voluntad procura con el pago de las rentas que le corresponden en la satisfacción de los capitales. En un caso interesante de acuerdo entre los coherederos para permanecer en comunidad y satisfacer las deudas con los productos de un establecimiento comercial (en que aquéllos se sustraen así al usufructuario (legal) de uno de los comuneros), lo ha resuelto en este sentido el Trib. de Cas. de Florencia en 30 de marzo de 1894 (*Annali*, 1894, 215).

(2) No concurriendo, por consiguiente, las condiciones exigidas por el artículo 1.253, n. 3, para la subrogación legal. Así lo dice LAURENT, VII, 31. En contra, PROUDHON, 1.907; PACIFICI-MAZZONI, 592.

(3) V. *supra*, n. 247.

(4) Así Cas. fr., 23 de abril 1860 (*Dalloz pér.*, 1860, 1, 128).

les (1) del período comprendido entre la extinción del usufructo y el verdadero vencimiento, no los intereses mayores que se hubieran estipulado en el contrato, porque carece de título para exigirlos, no estando subrogado en los derechos del acreedor (2).

Si el usufructuario no atiende al pago de la deuda o del legado, puede a su costa elegir el propietario entre satisfacer el crédito, exigiendo del usufructuario los intereses legales (a) que devengue la cantidad entregada y correspondan al tiempo que dura el usufructo, o enajenar una parte de los bienes constitutivos del mismo para procurarse así los medios necesarios. El propietario no puede anticiparse e impedir el pago que quiera hacer el usufructuario con su dinero para librarse de la obligación de satisfacer intereses (3); pero, por otra parte, tampoco puede éste exigir que el dueño pague por sí y le deje íntegro el disfrute, ni tiene acción para imponerle una opción que es facultativa, requiriéndole, por ejemplo, para que proceda a la venta (4). Si paga a su vencimiento, el propietario tiene derecho a que le satisfaga el usufructuario los intereses legales, aunque el crédito no los devengase (5), o se hubieran señalado inte-

---

(1) Si el usufructuario hubiese pagado antes del vencimiento una deuda infructífera, o que devengue intereses inferiores a la tasa legal, tampoco podrá gravar la carga del propietario exigiendo intereses en este intervalo, o intereses mayores de los contractuales.

(2) El propietario se beneficia de la diferencia entre los intereses legales y los convencionales, y lo hace por obra del usufructuario; mas no puede decirse que se beneficie a expensas de éste, porque el sacrificio que el usufructuario hace anticipando sólo se puede valuar a base del interés legal.

(a) [Aunque el Código español habla a este propósito de «intereses correspondientes» y MANRESA entiende que estas palabras dan lugar a duda, SCAEVOLA, con razones muy convincentes, sostiene que los intereses que ha de abonar el usufructuario mientras dure el usufructo no son los correspondientes a los créditos pagados, sino a los intereses legales, o sea el 5 × 100 (págs. 1.070 y siguientes).]

(3) Si lo hiciese el dueño, el usufructuario estaría facultado para reembolsarle, aun en el caso de pago anticipado a que se refiere la n. 1 de la p. 621, reservándose el derecho de ser, a su vez, reintegrado al terminar el usufructo.

(4) Ap. Turín, 23 marzo 1899 *(Foro it.,* 1899, 952); menos aún puede pedir el reembolso, cargando él con los intereses; así Cas. Florencia, 7 mayo 1903 *(Temi,* 1903, 601); o para obligar al dueño a vender en el caso de que hubiese ya satisfecho la deuda; así Cas. Palermo, 1.º de julio 1897 *(Foro it.,* 1897, 1.047); no puede pedir más que el reembolso al concluír el usufructo.

(5) Cas. Turín, 18 junio 1898 *(Annali,* 1898, 464); Apel. Génova, 27 agosto 1897 *(Giurista,* 1897, 371).

reses por bajo del tipo legal; el usufructuario se beneficia a sus expensas del valor que tenga el uso de la cantidad empleada en el pago, siendo así que no tiene más derecho que al remanente que resulte después de pagadas las deudas, y ese pago le deja íntegra la renta de todos los bienes. Si paga antes del vencimiento, no tiene derecho el propietario a exigir que le satisfaga intereses el usufructuario en la proporción señalada en el contrato, porque del pago en esta proporción es de donde deriva la obligación del usufructuario desde la constitución misma del usufructo, y sobrevive a toda modificación que el propietario haga a sus expensas en la relación de crédito (1).

Ya hemos dicho que si el propietario no quiere atender al pago, ni tampoco lo quiere hacer el usufructuario, puede aquél vender una parte de los bienes sujetos al usufructo, hasta la concurrencia de la cantidad debida. Dícese que esta venta no procede si hay dinero suficiente para el pago en el patrimonio; cierto si el vencimiento precede a la entrada en posesión del usufructuario; pero realizada que sea ésta, y habiendo hecho suyo el usufructuario el metálico, no puede obligársele a restituirlo antes de extinguirse el usufructo, y el propietario debe buscar medios extraños al patrimonio para satisfacer el pasivo, si no quiere vender bienes.

Por el contrario, preponderan los intereses y conveniencias del propietario en la elección de los bienes que hayan de venderse, aun cuando no le esté permitido un ilimitado arbitrio para ello; y como quiera que la venta de la propiedad plena de la cosa usufructuada no puede realizarse cuando a ello no acceda el usufructuario (2), sino una vez que la autoridad judicial haya reconocido su necesidad, el Juez puede impedir que sin derecho ni utilidad se prive al usufructuario de bienes cuyo disfrute le interesa conservar. Pero los intereses del propietario pueden oponerse a los del usufructuario; a éste acaso le convenga conservar los bienes muebles deteriorables, cuyo valor absorbe con el uso en todo o en gran parte; y al propietario, a su vez, le convendría enajenarlos antes que avance su deterioro; quizás convenga al usufructuario conservar el disfrute de

(1) Nótese la diferencia que hay con la solución dada en la nota 1 de la p. 620; el derecho del usufructuario se funda en la utilidad que ha obtenido el propietario; el derecho de éste, en la relación nacida de la constitución del usufructo. Si el usufructuario quiere librarse de satisfacer intereses superiores a los legales, necesita anticipar el pago.

(2) Cas. Roma, 8 abril 1880 (*Legge*, 1881, I, 227).

una finca que por especiales circunstancias produzca ahora más de lo que puede normalmente esperarse, y al dueño le interese en cambio conservar bienes que en lo porvenir ofrezcan más renta. Y el Juez infringiría el principio fundamental de la subordinación del usufructo a la propiedad, que informa las relaciones entre propietario y usufructuario, si con su criterio prudencial intentase el equilibrio entre estos opuestos intereses. Hay un medio único y solo de que el usufructuario quede libre de verse sin aquellos bienes cuyo disfrute le pueda convenir más: pagar a su costa las deudas.

El régimen expuesto, no se aplica cuando la obligación de contribuír esté de distinto modo regulada en el título constitutivo, ni cuando medie un acuerdo entre propietario y usufructuario para liquidar el pasivo. Tampoco se aplica cuando el objeto de la prestación adeudada es cosa determinada individualmente y que forma parte del patrimonio, o una cantidad de un género que también forme parte del mismo (1). En uno y otro caso el usufructuario se ha de resignar a que el heredero preste la cosa, y que no se le posesione a él de la misma o de la cantidad debida; o si la obligación vence con posterioridad al comienzo del usufructo, se ha de conformar con que al vencimiento se le prive de su posesión. En cambio, el régimen expuesto se aplica a toda otra obligación anterior a la muerte o que se cree al abrirse la sucesión y corra a cargo del patrimonio. El artículo 509 habla de los intereses y de las anualidades y del pago de un capital. Si la prestación de una especie se debe por contrato o testamento, lo que el usufructuario, al anticiparla, puede pedir, es el costo de la prestación; y si el propietario es quien paga, podrá cobrar los intereses; si lo debido es un acto, ocurrirá lo propio cuando el hecho sea susceptible de realizarlo el usufructuario, porque de otra suerte la obligación de contribuír adquiere necesariamente la forma de un pago de intereses del costo. Cuando la voluntad del deudor (obligación genérica, obligación alternativa) haya de concurrir a determinar el objeto de la obligación, el propietario no tiene derecho a más intereses que los del mínimum de coste entre los posibles; puede ofrecer el propietario anticipar el costo al usufructuario, pero no sustituír su voluntad a la del deudor para determinarlo; y recaerán sobre el deudor únicamente, es decir, sobre el propietario, las consecuencias de aquellas modificaciones que la obligación experimente por culpa del deudor (pérdida de la cosa debida,mora, etc.).

El heredero puede ser acreedor de la prestación; y la doctrina

(1) LAURENT, VII, 24; DEMOLOMBE, X, 542; PACIFICI-MAZZONI, 659, 660.

y la jurisprudencia están conformes en negar que el usufructuario se aproveche del efecto extintivo de la confusión, considerándole obligado a satisfacer intereses de aquélla; afirmación justificada habiendo en cuenta que, en tanto dura el usufructo, el heredero no encuentra en las disponibilidades del patrimonio hereditario satisfacción completa a su derecho, y que la obligación del usufructuario, determinada por las condiciones en que está el patrimonio al ser adquirido, no puede modificarse por la liberación consiguiente a la adquisición de la herencia por el acreedor, que es completamente independiente, aunque temporalmente coincida con su citado deber. La obligación subsiste con respecto a la persona que adquiera la herencia, sea quien sea; persiste la obligación aunque al adquirir el acreedor la herencia no perdure el crédito como elemento distinto de su patrimonio (1).

En cambio, no hay por qué hablar de confusión si el mismo usufructuario es el acreedor; cuando el crédito es exigible, puede pretender que lo satisfaga el heredero, y si éste, con sus medios, lo satisface, debe pagarle el interés legal de la cantidad abonada (2). Hasta que se realiza el pago, hay una compensación; existe, de una parte, el abono de los intereses a que está obligado respecto al propietario, con objeto de contribuír al pago de las deudas del patrimonio; y hay, de otro lado, prestación de los intereses que, como acreedor, sigue pudiendo exigir del propietario o del heredero, y sólo de ellos. Esta compensación impide que corra el plazo prescriptivo del crédito durante el usufructo, porque carece de motivo para reclamarlo mientras tanto (3).

---

(1) De igual modo carece de influjo sobre el contenido del usufructo la extinción mediante confusión del crédito causada por la vocación hereditaria del deudor. En realidad, la confusión se realiza *relativamente* a uno de los partícipes en el crédito; aunque la participación nazca en el momento mismo de operarse esta confusión, de modo que se constituya el usufructo en el propio testamento que instituye heredero al deudor, siempre es ineficaz para impedir la extinción completa del crédito.

(2) Cas. Florencia, 16 febrero 1903 *(Foro it.*, 1903, 413); Apel. Nápoles, 6 abril 1904 *(Foro it.*, 1904, 768). El Trib. de Cas. de Florencia, en la sentencia citada, cree que el usufructuario-acreedor debe intimar al propietario para que diga si prefiere pagar—ofreciéndole entonces él los intereses—o vender una parte de los bienes. El Trib. de Apel. de Aquila, 1.° de marzo de 1907 *(Giur. abruzzese*, 1907, 141), resuelve que puede pedirse el pago prescindiendo de semejante requerimiento previo.

(3) Niegan la prescripción del crédito: Cas. Turín, 24 julio 1858 *(Giur.*

345. El usufructo legal de los padres, ¿es un usufructo del patrimonio de los hijos menores? Parece que sí a tenor del art. 384 del Cód. francés que en general les atribuye la *jouissance des biens de leurs enfants*, y después (art. 387) sustrae determinados bienes a esa *jouissance*; y parece que no si nos atenemos al artículo 228 del Cód. it., que somete a usufructo determinados bienes, los que adquiera el hijo por sucesión, donación u otro cualquiera título lucrativo; pero el artículo que le sigue, determina después los bienes que no quedan sujetos al dicho usufructo, no sólo de este origen (núms. 1-3 del 229), sino también de otras procedencias (núm. 4 del art. 229); disposición que sería superflua si el art. 228 excluyese del usufructo los bienes no adquiridos a título lucrativo (a). La cuestión carece de importancia después de demostrar que el usufructo del patrimonio no es el usufructo de una universidad, no es «un derecho universal», sino la designación colectiva de tantos derechos de usufructo como bienes existan en un momento determinado en el patrimonio. Se ha querido reivindicar para el usufructo de los padres (1) el carácter de derecho universal, para deducir de ello que «recayendo sobre las cosas, más bien en consideración al valor que aportan al patrimonio, que como objetos particulares, se ejercita también sobre aquello que en el patrimonio mismo venga a representar a estas cosas»; y así se amplía a bienes adquiridos por el hijo mediante permuta con los obtenidos a título lucrativo, o a los créditos o bienes que adquiera con el precio de los bienes vendidos. Pero como no puede admitirse que en el usufructo corriente del patrimonio exista la subrogación real, el usufructo continúa sobre los bienes salidos del patrimonio, y no se traslada a aquellos que ingresan en él para sustituirlos. Si el usufructo de los padres se traslada sobre los bienes que sustituyen a los enajenados, es por motivos distintos a la consideración de que sea un usufructo de patrimonio; motivos que hay que buscar sencillamente en la voluntad

---

it., 1858, 667) y Apel. Turín, 6 mayo 1862 *(Giur. it.*, 1862, 2.278), pero parten del concepto erróneo de una confusión del crédito por intereses. Quien se expresa con exactitud acerca de la compensación es el Trib. de Cas. de Turín en su fallo de 28 de febrero de 1877 *(Giur. torin.*, 1877, 465).

(a) [En el Código español no cabe duda que están incluídos en el usufructo de los padres tanto los bienes adquiridos a título lucrativo como oneroso, ya que el art. 160 habla de *bienes que el hijo haya adquirido con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo*. Los únicos bienes exceptuados son aquellos a que se refiere el final del mismo artículo y el 162.]

(1) BIANCHI, *Corso di dir. civ.*, VII, 248.

de los padres que al enajenar por los hijos subordinan el efecto de la enajenación a que se traslade su usufructo sobre los bienes adquiridos con el importe o mediante el importe o el equivalente de la enajenación. También un usufructuario extraño, poseedor de un mandato general del propietario, podría subordinar eficazmente a esa condición las ventas realizadas por su representado; y esta condición va implícita en la enajenación que hace el padre en interés del hijo, pero sin por ello alterar la posición económica que para él resulta del usufructo de que goza. Ahora bien; está implícita cuando la enajenación comprenda el usufructo: los padres realizan esta transmisión no sólo como representantes del hijo, sino también por sí; y si no asumen esta doble cualidad, como en el caso del usufructo ordinario, persiste su derecho de disfrute sobre las cosas enajenadas hasta terminar el tiempo que originariamente tiene asignado. Los tribunales, con su intervención, aseguran que el hijo no sea perjudicado por la enajenación y la inversión del producto. En estos actos no hay necesariamente aquel conflicto de intereses que origina el nombramiento de un defensor; pero no puede impedirse que exista a veces el conflicto por las circunstancias particulares de la enajenación y de la nueva inversión, y que por ello quede viciada una representación que asuma por sí el padre ante estos intereses en pugna.

Lo dispuesto en el artículo 509 respecto a las cargas (fijadas en relación a la cuantía del patrimonio en un determinado momento, en el de adquirir el usufructo), no es directamente aplicable al usufructo de los padres; pero el artículo 230 dispone que son inherentes al usufructo legal (núm. 2) «el pago de las anualidades e intereses de capitales devengados desde el día que comenzara el usufructo», y, además, y según el número 3, «todas las demás obligaciones a que están sujetos los usufructuarios» (a). Se limita con razón así, y de un modo análogo a lo previsto en el artículo 509, el derecho de los padres a cuanto exceda de los productos que den los bienes adquiridos por el hijo, después de atender a las deudas que haya de satisfacer o contraiga el hijo, y que deban abonarse con los bienes adquiridos. Por otra parte, son notables las diferencias entre ambas disposiciones en lo referente a señalar el pasivo. En el pasivo, a cuya extinción deben contribuír los padres, a más de las deudas y legados que gravan el patrimonio en que se ha instituído heredero al menor, se incluyen las cargas que vayan unidas al legado o donación

(a) [Cfr. art. 163 del Cód. esp.]

y los impuestos que devenguen las transmisiones (1), liquidables en el momento en que adquiere el menor, pues de tal adquisición depende y es consecuencia la del usufructo paterno, que por sí mismo escapa al impuesto, como independiente que es de toda transmisión legal *mortis causa* o por acto *inter vivos* (2). También forman parte del pasivo las deudas contraídas por cuenta del menor para satisfacer el precio de las adquisiciones que haga (3).

Pero en cambio los padres no deben contribuír a las obligaciones derivadas de la adquisición de bienes que quedan fuera del usufructo (singularmente deudas, legados, impuestos de transmisión correspondientes a bienes dejados o donados con la condición de excluír al padre del usufructo, o aceptados en interés del hijo contra la voluntad del padre; ni las obligaciones que contraiga para emprender o continuar una industria con independencia del progenitor). El menor puede contraer obligaciones que no guarden relación alguna con la adquisición de los bienes sujetos al usufructo ni de los que de él estén excluídos: para ellas sirven de garantía todos sus bienes. El patrimonio del menor es un patrimonio que vive, cambia, se modifica después de nacer el usufructo de los padres. Si permanece íntegro su activo y los padres logran con ello beneficios, cuando surge una obligación que debe ser satisfecha a expensas de dicho activo es justo que del aplazamiento para su pago soporten la carga los padres, y sean ellos los que satisfagan los intereses; pero no sería justo que, existiendo en el patrimonio del menor bienes que han quedado fuera del usufructo, abonasen los padres íntegramente los intereses cuando el aplazamiento del pago no sirve para mantener íntegras las rentas de que se apropian, y sí aquellas de que deben dar cuenta y que pueden acumularse en beneficio del menor. En este caso hay que fijar necesariamente, mediante pericia en su caso, la

---

(1) V. en cambio, para el usufructo del patrimonio, *supra*, ps. 617-618.

(2) Según la construcción propuesta, depende también de un acto de voluntad el traslado del usufructo legal sobre los bienes que sustituyen al enajenado; acto que no está exento del impuesto; pero éste va comprendido en los derechos reales por la enajenación (y adquisición consiguiente de la plena, mejor que de la nuda, propiedad).

(3) Si los padres emplean en la adquisición dinero perteneciente al menor, surge la sustitución de un objeto del usufructo por otro. Posible es que se les autorice para adquirir por cuenta del menor a crédito, o para contraer un préstamo con el fin de pagar al vendedor; en este caso adquieren el usufructo sobre bienes «no obtenidos por el menor a virtud de título lucrativo», pero a condición de contribuír a la deuda contraída.

parte que respecto a la renta total del patrimonio representen las de los bienes sujetos al usufructo, para igualar a ésta la parte de las deudas, independientes de los bienes usufructuados y de los bienes que no están comprendidos en el usufructo, que los padres deben soportar (1).

En cuanto a la liquidación del pasivo, los padres, como un usufructuario extraño, son libres de erigirse en deudores del hijo anticipando las cantidades necesarias para los pagos (2); si no quieren hacerlo con sus bienes, los padres son también los que atienden a tal eventualidad disponiendo de cantidades pertenecientes al menor (3) o procurándoselas con la venta de bienes o tomando dinero a préstamo.

El artículo 230 resuelve la cuestión, debatida a propósito del artículo 384 del Código francés, de si pesan sobre el usufructo de los padres los intereses y anualidades atrasadas; y la resuelve negativamente, limitando su participación a los «intereses devengados desde el día en que comienza el usufructo» (4). Tampoco reproduce el 230 el número 4 del artículo 384, que enumera entre las cargas del disfrute de los padres los gastos de entierro, funeral y última enfermedad, gastos que, según algunos autores, se refieren a la persona a quien el hijo sucede, y, según otras, al hijo mismo (5). En nuestro Derecho estos gastos producidos por la persona a quien sucede el hijo, constituyen una carga de la sucesión, y los padres usufructuarios contribuyen a ella en la proporción indicada, pero no los satisfacen; los gastos de la enfermedad del hijo se comprenden en los de manutención que, como seguidamente diré, están a cargo de los padres usufructuarios; las deudas por entierro

(1) Cfr. BIANCHI, n. 278.

(2) Puede ser el anticipo perjudicial para el hijo, al cual convenga más, al llegar a la mayor edad, convertirse en dueño de un patrimonio reducido pero libre. Mas contra semejante perjuicio no puede hallar amparo en el régimen tuitivo durante su falta de capacidad, porque es un perjuicio que puede acarreársele también al capaz por el interés en conservar el usufructo.

(3) El disponer para el pago del pasivo de cantidades no invertidas todavía, no implica un acto que salga fuera de la simple administración y que exija pedir autorización: BIANCHI, 204. En contra, BOGGIO, *Persone fisiche incapaci*, I, 360, nota.

(4) V. sobre la cuestión DEMOLOMBE, VI, 543 y ss., quien la resuelve en sentido afirmativo.

(5) V. sobre esta cuestión lo que en el primer sentido opina DEMOLOMBE, tomo cit., 547, 548.

y funeral del hijo, surgen después de extinguirse el usufructo legal y los padres no contribuyen a ellas en su cualidad de usufructuarios (1).

A cargo especialmente del usufructo paterno están los gastos de alimentos, educación e instrucción de los hijos; éstos tienen derecho a que se les mantenga, eduque e instruya por los padres (art. 138) (a), pero carecen de derecho para que realicen a su costa tales prestaciones los obligados, si los hijos pueden proveer a ellas con rentas de sus propios bienes (2). Esta situación no se modifica ventajosa ni desventajosamente porque venga a gozar del usufructo el padre que ejerza la patria potestad: el hijo tiene derecho siempre (3) a que se atienda a su manutención y educación con las rentas de los bienes usufructuados y el padre no puede echar esta carga sobre las rentas de los bienes ajenos al usufructo, aun cuando por otra parte tampoco pueda el hijo exigir que la carga entera recaiga sobre el usufructo, y eximir de contribuír los bienes libres, a fin de acumular sus rentas. La doctrina opuesta (4) a esta segunda proposición (5) se funda en un texto, en el artículo 230, que declara inherentes al usufructo los gastos de que se trata, sin distinguir entre ellos e ilimitadamente; pero no debe reproducir ese argumento quien (6) reconoce la necesidad de distinguir, y aplicar el artículo según su espíritu, que se refiere sólo al pago de las anualidades y de los intereses. También esto está declarado sin distinción carga inherente al usufructo legal; pero es en contemplación al caso de que el usufructo comprenda todos los bienes, porque si quedan fuera algunos, como hay garantías para las deudas del hijo, deben

(1) BIANCHI, n. 276.

(a) [Art. 155 del Cód. esp.]

(2) Con las rentas: la obligación fundamental del art. 138 ni se extingue ni se reduce porque quepa satisfacer las necesidades del hijo consumiendo el capital.

(3) Los derechos del hijo menor están asegurados no sólo con las acciones que puede ejercitar después de alcanzada la mayor edad para que se le resarza de los perjuicios consiguientes a su infracción, sino también con aquellas otras que corresponden a los parientes o al Ministerio fiscal para obtener en su interés aquellas medidas tutelares que pueden llegar incluso a la privación de la patria potestad.

(4) V. PROUDHON, 187; MARCADÉ, ad art. 385, II; DEMOLOMBE, VI, 540; LAURENT, IV, 331; BIANCHI, VII, 281.

(5) Para ésta, v. DEMANTE, *C. anal.*, II, 130 *bis*; BORSARI, § 365.

(6) BIANCHI, *loc. cit.*

también emplearse en sus necesidades. La doctrina contraria tiene su apoyo en una razón histórica: en la doctrina de los expositores del Derecho consuetudinario francés, que ponían el mantenimiento y educación del hijo a cargo por completo del *gardien noble*, aun cuando el hijo poseyera en otros países bienes excluídos de la *garde* por el estatuto vigente en ellos. Ya en el Derecho consuetudinario se discutía la cuestión (1); pero al reproducir las enseñanzas de POTHIER (2) se olvidan las sustanciales diferencias que existen entre el concepto moderno del usufructo legal y la *garde noble*, con la cual se atribuían al padre más amplios poderes que los del disfrute; verbigracia, según la Costumbre de Orleans, la propiedad de todos los bienes muebles del menor. Ni la excepción misma en cuya virtud algunos de los bienes de los menores quedan excluídos del usufructo, puede implicar, sin que se cometa una iniquidad, que se sustraiga a la libre disposición de los padres una parte mayor de las rentas de los propios bienes usufructuados, ya que, si todos los bienes quedasen fuera del usufructo, habría necesariamente que sacar los gastos de manutención y educación (3) del menor de la renta de todos los bienes. La no incorporación de ciertos bienes al usufructo puede originar el efecto indicado cuando por voluntad expresa (4) de quien dispone a favor del menor, se haya ordenado la acumulación de las rentas, siempre que de los bienes usufructuados pueda sacarse cuanto se necesite para la manutención y educación del menor.

La cuantía de los bienes del menor, no la posición social de la familia, es la que señala la cuantía de los gastos de manutención, educación e instrucción que debe satisfacer el usufructuario; los padres no pueden ahorrar de las rentas del hijo rico para equipararlo en el trato con aquellos otros hijos más desvalidos de fortu-

(1) RENUSSON, cit. por POTHIER, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, 347.

(2) *Loc. cit.*

(3) BIANCHI, *loc. cit.*, no es de parecer que se acuda a la razón de equidad, porque la atribución del usufructo es mera creación del Derecho positivo, y la ley puede subordinar el beneficio a las cargas que crea convenientes. Pero el confiar los hijos durante su menor edad a los padres, no es una atribución caprichosa; es una atribución en interés del conjunto de la familia, y precisamente se trata de resolver si se ha querido o no señalar las cargas de un modo distinto en el caso de que una parte de los bienes queda sustraída al usufructo.

(4) Expresa, porque el destino normal de la renta no es el ahorro, sino el consumo.

na (1); y a la inversa, quedan obligados, indudablemente, los padres a acudir a sus bienes propios, en virtud del artículo 138, cuando un gasto mayor de lo que consienta el patrimonio particular del hijo, convenga a su posición social y económica.

---

(1) Esto es lo que pretende, sin embargo, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VII, 250. En contra, BORSARI, § 539, y BIANCHI, 280. El padre infringiría sus obligaciones de usufructuario si ahorrase para sí; pero violaría también la obligación que tiene como administrador de los bienes excluídos del usufructo, si queriendo ahorrar por cuenta del hijo, no gastase lo que las rentas permiten para educarlo de una manera adecuada a realzar su posición.

CAPÍTULO X

COMUNIDAD DE USUFRUCTO

SUMARIO: 346. Concepto de la comunidad de usufructo.—347. Comunidad de disfrute con el propietario.—348. Derechos y obligaciones de los partícipes en el usufructo.—349. Relaciones entre los partícipes en el goce.—350. División del disfrute.—351. Determinación del objeto de la división.

346. Simultáneamente no puede pertenecer un mismo derecho a varias personas; pero varias personas pueden estar conjuntamente investidas de él, porque todas tengan derecho a obtener la misma clase de utilidad en igual o distinta medida (1). Tratándose de un derecho de obligación que tenga por objeto una cosa susceptible de división en partes homogéneas al todo, cuando una pluralidad adquiere semejante derecho, cada uno de los individuos posee un derecho independiente a una parte de la prestación, sin que el conjunto de ellos constituya una unidad; si el derecho que corresponde originariamente a una persona a la prestación total, se transfiere a varios, con la transmisión desaparece la unidad del derecho originario y nace la investidura de tantos derechos independientes y homogéneos con el derecho originario cuantos sean los adquirentes. En cambio, puede subsistir, como común a varios, la propiedad de cosas corporales y el derecho a una prestación indivisible, ya que precisamente el conjunto de los derechos pertenecientes respectivamente a los copropietarios o a los coacreedores, constituye una uni-

---

(1) Únicamente el derecho a alimentos, entre los patrimoniales, es el que no puede pertenecer a varias personas. Las consecuencias de esta imposibilidad las veremos después, al hablar de la estructura de la comunidad de uso. La pertenencia a varios, aun de derechos no patrimoniales, es conceptualmente posible. Recuérdese la tutela en Derecho romano; en contra, el art. 246 (a).

(a) [Art. 201 del Cód. esp.]

dad, que se revelaría en la unidad del daño que se les infiriese. La detentación de una cosa perteneciente a Ticio y a Cayo, necesariamente es violación conjunta del derecho de Ticio y de Cayo; la edificación que se haga cuando Ticio y Cayo puedan exigir que no se realice, constituye necesariamente violación conjunta del derecho de ambos; pero la obligación de entregar la propiedad a Ticio y Cayo, puede incumplirse respecto de uno y no respecto del otro.

En toda comunidad jurídica los partícipes tienen derechos de igual naturaleza entre sí, y su conjunto posee la misma eficacia que el derecho que correspondería a un titular único. Como quiera que todos los derechos patrimoniales son susceptibles de utilidad económica, en toda comunidad de derecho puede el de los partícipes individuales fijarse en relación con el derecho que correspondería a un titular único, estableciendo al efecto una proporción entre la utilidad de que es capaz y aquélla de que es susceptible la totalidad o conjunto (1). En este sentido y sólo en él puede decirse del copropietario que tiene una cuota de propiedad, pero también del acreedor de una prestación indivisible cabe afirmar que tiene una cuota de crédito: el derecho no es una magnitud que pueda medirse; carece de sentido tener la mitad o una tercera parte de la facultad de excluír a los demás de la cosa, poseer la mitad o un tercio de la facultad de exigir una determinada actividad; pero aquí, como en otros campos (2), se aplican los conceptos de medida y de división a un fenómeno, que por sí no es susceptible de ellos, por consideración al fenómeno cuantitativamente definido que le está asociado (3). Pero

(1) En toda comunidad de derecho que lo sea verdaderamente, es decir, que esté caracterizada por la identidad de naturaleza de los derechos de los partícipes. He afirmado más arriba la existencia de una relación análoga a la comunidad entre el usufructuario y el propietario de un derecho de obligación cuyo objeto sean bienes de utilidad simple, para aplicar, analógicamente al caso, el régimen de las obligaciones indivisibles. El derecho de dicho usufructuario no es susceptible de señalarse como cuota del derecho de obligación que pertenece a él y al propietario. Acerca de otra comunidad impropia, la comunidad de disfrute entre propietario y usufructuario, v. el número siguiente.

(2) V. ENRIQUES, *Principii di Scienza*, cap. VI.

(3) Esto puede aplicarse también al derecho de servidumbre predial, porque la utilidad que prestan las servidumbres al fundo dominante repercute en los copropietarios—MARCIANO, 19, *si serv. vind.*, VIII, 5, habla de una *communis servitus*—proporcionalmente a su cuota de propiedad; de modo que en tal sentido puede afirmarse que tienen una cuota de servidumbre: ELVERS, § 55, nota e.

el derecho de los partícipes se destaca más o menos vivamente, según la naturaleza varia del derecho común.

Al derecho de propiedad, cuando otra cosa no disponga el régimen de la comunidad, va unida la adquisición de parte de los frutos que la cosa produce; pero el copropietario no tiene sobre ésta la libertad de acción que pueda representarse como una parte de la libertad perteneciente al propietario; puede usar de modo que no impida el de los demás copropietarios, pero sin el consentimiento de los otros no puede alterar el destino económico del objeto (1). Por lo general, el derecho de copropiedad posee capacidad para transformarse a instancia de un partícipe en propiedad de una parte de la cosa. En el conflicto entre los poderes iguales de los derechos de unos y otros partícipes, y cuando jurídicamente no es posible semejante transformación (porque la cosa no sea divisible en partes iguales homogéneas) o económicamente (porque la suma de las partes en que puede estar dividida la cosa no tenga un valor igual al conjunto), determina una alteración más radical, pues los derechos de todos se convierten en el derecho a una parte del precio que se obtiene con la enajenación. Esta potencialidad desaparece cuando el objeto de la copropiedad es cosa destinada al servicio de otras (2), y que al enajenarse se sustraería a tal destino, y cuando por ello los que son o advienen propietarios exclusivos de una de las cosas a las cuales es accesoria la cosa común, deben quedar en comunidad respecto a ésta. En la comunidad del derecho de autor cada uno de los partícipes puede impedir a los terceros, no a los demás, que publiquen, reproduzcan y vendan la obra; facultad que pueden ejercitar sin necesidad del concurso de los otros, aunque

(1) Contra los errores de las varias doctrinas que han tratado de construír el derecho del condómino como un derecho de propiedad de la cuota, como derecho de propiedad sobre la cosa íntegra, pero dividido en el sentido matemático de la palabra, o ideal, o realmente, o según la extensión, o como derecho de propiedad sobre la cosa íntegra concurrente con la propiedad de los demás, PEROZZI en el *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, 1890, y en las *Instit. di dir. rom.*, § 99, y MANENTI, *Concetto della communio* en el *Filangieri*, 1894, han sostenido categóricamente, aunque con diversa significación, que el derecho del copropietario no es un derecho de propiedad. PEROZZI se limita a negarlo: los condueños no son propietarios. MANENTI cree que los derechos *sui generis* de los partícipes convergen en un derecho único de sujeto complejo.

(2) VITA-LEVI, *Comunione dei beni*, 1.002 y ss., demuestra que sólo a éstas se refiere el art. 683 al rechazar la disolución de la comunidad cuando se

quedando reservado a éstos el derecho de exigir una indemnización (Ley de 1882, art. 5); pero queda normalmente excluída la potencialidad del derecho de los interesados para exigir la disolución y convertir aquél en un derecho a una parte del precio. Esta potencialidad, en cambio, la encierra, según la opinión más aceptable, la participación en un derecho de patente (1). Semejante es la comunidad del derecho de prenda que se resuelve entregando la prenda a uno de los partícipes y haciendo que él responda a los demás del valor de la garantía que tienen sus créditos en ella (2); al contrario, si se trata de una hipoteca a favor de varias personas, ocurre una cosa análoga a lo que sucede cuando se atribuye juntamente a varios el derecho a una prestación divisible, o sea la adquisición por parte de los distintos individuos de un derecho independiente del que correspondería a un solo titular (3). En cambio, si son varios los partícipes de un derecho de obligación indivisible, el derecho de cada uno en tanto es menos enérgico del que correspondería a un titular único, en cuanto que no es posible ejercitarlo sin el concurso de los otros, o sin que a este concurso se sustituya la previa garantía de que será satisfecho ese interés de los demás. Aquí no sólo

---

trate de cosas que dividiéndose cesarían de servir para el uso a que están destinadas (a).

(a) [Este punto de vista, que nos parece de gran interés para la interpretación del art. 401 del Cód. esp. (correspondiente al 683 del italiano), no suele ser estimado por nuestros civilistas, que no dan a dicho precepto más alcance que el de impedir la división *material*, al igual que en el supuesto del art. 404. Así, MANRESA niega que el 401 regule un caso de comunidad perpetua y forzosa, de la cual no se puede salir ni aun con la adjudicación o venta (t. III, pág. 514 de la 4.ª edic.), y DE BUEN expresa su opinión de que los casos a que alude la doctrina francesa, de indivisión de cosas *accesorias*, cuya comunidad está fundada en razones de necesidad o utilidad, son de difícil admisión en nuestro Derecho, dado el precepto terminante del Código respecto a la duración temporal de la comunidad de bienes (adiciones a COLIN y CAPITANT, t. II, página 692).]

(1) KOHLER, *Deustch. Patentr.*, § 196.

(2) ULP., 7, § 12, *comm. div.*, X, 3.

(3) La hipoteca de 100 conjuntamente constituída a favor de A. y de B. se resuelve en dos derechos de hipoteca: de 50 a favor de A. y de 50 a favor de B.; o a favor de A. y de B. en una parte proporcional a su crédito: MARCIANO, 16, § 1, *de pign. et hyp.*, XX, 1. Si después suceden varias personas al acreedor a cuyo favor se constituyó primitivamente la hipoteca, a virtud del principio de que la garantía no disminuye disminuyendo el crédito, corresponde a cada uno, en cuanto a su porción de crédito, un derecho de garantía independiente de la extensión que tuviera la garantía originaria.

no es posible al individuo separarse de la comunidad para adquirir un derecho independiente de la índole misma del derecho común, o un equivalente, sino que la tutela del derecho común no está asegurada al individuo sino juntamente con los otros (1). También es distinta la comunidad del derecho de servidumbre (2), en la que hay que reconocer que los individuos pueden invocar independientemente uno de otro la defensa del derecho común, ya que la utilidad que la servidumbre añade al fundo dominante es proporcional para ellos a su participación en la propiedad de éste (3).

Era necesario sentar estas premisas para fijar la posición jurídica de quien adquiere juntamente con otros el usufructo de una cosa o de un derecho. Según la naturaleza distinta del objeto sobre el que se constituye un usufructo a favor de varias personas, sufre una modificación distinta el derecho de cada uno respecto al derecho que resultaría de la constitución a favor de uno solo. Si son más de uno los usufructuarios de un derecho de autor o de inventor, su goce está limitado, siendo susceptible en cuanto al segundo, pero no para el primero, de convertirse en disfrute exclusivo. Si se reconoce a varios el usufructo de un crédito relativo a una prestación divisible, cada uno adquiere inmediatamente un derecho distinto de disfrute a una parte del crédito. Si el crédito sobre el que se constituye el usufructo tiene por objeto una prestación indivisible, el derecho de disfrute de los individuos sólo puede ejercitarse en unión de los demás y del dueño del crédito. Los varios usufructuarios de un fundo participan de la servidumbre constituída en beneficio del mismo y pueden ejercitarla cada uno a su vez en tanto que lo hagan en una forma compatible con el uso de los demás; los varios usufructuarios de un crédito participan de la garantía real que lo asegura, y cada uno puede ejercitarla en la extensión total de la hipoteca, proporcionalmente al interés propio en el crédito, y mediante anotación en el Registro para que de la hipoteca no se disponga sin su consentimiento (4).

---

(1) REGELSBERGER, *Pandekt.*, § 51, VI, habla por ello en estos casos de una pertenencia conjunta, en tanto que en la copropiedad ve una atribución parcial del derecho común.

(2) Que se realiza cuando una servidumbre corresponde activamente a un fundo en copropiedad y sólo en este caso; la adquisición que conjuntamente se haga de una servidumbre en beneficio de dos fundos, origina la constitución de dos derechos distintos de servidumbre: PAULO, 19, § 2, *comm. div.*, X, 3.

(3) V. ULP., 4, § 3, *si serv. vind.*, VIII, 5.

(4) En cuanto a la prenda, ni el usufructuario, ni el mismo cesionario del

347. La participación en un derecho comprende la potencialidad de advenir sujeto único del derecho común al extinguirse el derecho de participación de los demás. Así ocurre en efecto en las participaciones en la propiedad; el abandono hecho por alguno de los partícipes no hace que la cosa resulte vacante por partes; las abandonadas acrecen la porción de los partícipes (1). Ocurre formalmente lo mismo en las obligaciones indivisibles; cuando se extingue por novación o confusión, o se anula el derecho de alguno de los partícipes, lo que era derecho común permanece perteneciendo a los demás. Pero el deudor tiene derecho a beneficiarse de la liberación parcial (según se desprende del artículo 1.207); este derecho suyo origina en el derecho del que permanece acreedor una modificación igual económicamente a la que implicaba la participación de los coacreedores. A la exigencia del cumplimiento se puede oponer una excepción para que a la carga del mismo contribuya quien lo exige; si se incumple, el importe de los daños subsiste proporcional al interés que tenía en razón a su participación en el crédito. El copropietario del fundo dominante se convierte necesariamente en titular exclusivo de la servidumbre cuando se concentre en él el derecho común de propiedad; si subsiste la copropiedad, no se extinguen los derechos de los demás a participar en la servidumbre, y por su concurso queda limitada la determinación cuantitativa del derecho de participación de aquél (2). Otra cosa distinta ocurre en

---

crédito pignoraticio, tienen derecho a exigir del acreedor la posesión, de que éste queda responsable después de la cesión, y después de la constitución del usufructo, ya que por este medio se conserva la garantía en interés de todos los partícipes del crédito; por consiguiente, no pueden discutírselo varios usufructuarios.

(1) MODESTINO, 3 *pro der.*, XLI, 7, dejó la cuestión sin resolver, y ULP., *Fragm.*, I, 18, decide que en el caso de manumisión solemne del siervo común por parte de un socio, queda sujeto a la propiedad de los demás. Corolario de la tesis indicada: no se adquiere una cuota de propiedad si otro no tiene o no adquiere las otras cuotas; la usucapión iniciada por Ticio y Cayo se consuma a favor de Ticio si antes de realizarse abandona Cayo la coposesión y si no entra entonces en relación de coposesión aquel contra quien corre la usucapión, logrando limitar su pérdida a una parte alícuota.

(2) La servidumbre se constituye en beneficio de un fundo, e implica una ampliación del derecho de propiedad; no cabe admitir la posibilidad de que se constituya en beneficio de uno solo de los partícipes en el derecho común de propiedad (MOD., 11, *de serv.*, VIII, 1; JAV., 5, *comm. pr.*, VIII, 4, etc.). El interés de los singulares copropietarios en el ejercicio independiente de las facultades que integran el contenido de la servidumbre, no puede satisfacerse

el usufructo; aquí no hay obstáculo para la extinción de los derechos de los partícipes, pero el propietario es quien los sustituye; en él se reintegra la facultad de disfrute derivada de la propiedad en la medida que a aquéllos correspondía. Conviene fijar la atención en la profunda diferencia que esto implica con respecto a la relación que motiva la adquisición del fundo sirviente por el copropietario del dominante, o la de la copropiedad del dominante que realice el propietario del sirviente. El copropietario del fundo dominante que permanece extraño a la propiedad del sirviente, no está en comunidad de goce con el propietario del sirviente porque les sean comunes algunas de las facultades derivadas de la propiedad. La utilidad que las servidumbres procuran, no es *mensurable* por la utilidad que proporciona la propiedad; y no pudiéndose representar como una cuota de ésta, no es susceptible de señalarse en razón de la participación del propietario como tal en las facultades contenidas en la servidumbre. Para fijar la cuantía del derecho de que permanece investido el copropietario extraño a la propiedad del fundo sirviente, hay que considerar subsistente el derecho mismo de servidumbre como común al propietario del fundo sirviente. En cambio, las utilidades que proporciona el dominio, que incluye el poder, ilimitado en el tiempo, de disfrutar, son *mensurables* por las que procura el usufructo, que no es sino un dominio temporalmente limitado, y por ello se produce entre quien conserva una cuota de usufructo y el propietario una comunidad cuyos partícipes tienen derechos distintos (1).

---

sino mediante la atribución de un derecho de obligación personal. Como quiera, por tanto, que la servidumbre es necesariamente común a los copropietarios, no se extingue para ninguno porque alguno de ellos deje de usarla; con que la use uno solo queda a salvo el derecho de los demás (art. 671). Tampoco se extingue por la renuncia de uno de ellos; la renuncia produce un efecto obligacional, e impide al renunciante ejercitar la servidumbre respecto al propietario del fundo sirviente a cuyo favor se haga aquélla; pero el copropietario no renunciante conserva la facultad de usar de ella, y puede ser resarcido si se viola la servidumbre, proporcionalmente a su interés. Tampoco se extingue porque un copropietario adquiera el dominio del fundo sirviente o la copropiedad el propietario del fundo sirviente; a este caso se refieren las resoluciones de las fuentes que reconocen que puede conservarse por cuotas la servidumbre: PAULO, 8, § 1, *de serv.*, VIII, 1, 30; § 1, *de serv. pr. urb.*, VIII, 2. La situación jurídica resultante es la de una participación en un derecho de servidumbre sobre cosa propia: v. HARTMANN, *Jahrb. f. Dogmat.*, XVII, p. 92.

(1) Resucitando los nombres que el Derecho común daba al disfrute del

La verdadera comunidad de usufructo se constituye cuando se sucede al propietario a virtud de un acto de voluntad privada (1) y siendo varios, conjunta o separadamente (2) y por título originario, los que poseen juntos durante el tiempo necesario para prescribir el usufructo. Cuando el usufructo creado en favor de varios y separadamente se extingue para uno, por cualquiera causa que no afecte al derecho de los demás (3), se transforma en una comunidad de goce con el propietario. Pero también se forma inicialmente una comunidad de disfrute con el mismo (4) cuando el usufructo se constituye por haber sucedido al copropietario en virtud de la ley o por acto de voluntad privada (5), o por suceder al propietario a causa de vocación legal (6) o por causa de voluntad privada con expresa limitación de cuota (7).

---

propietario: *usufructo causal,* cuando su causa era la propiedad; y *usufructo formal,* derecho existente por sí, no se lograría enunciar de manera diferente la situación jurídica de que se trata, porque no es objeto de la comunidad el usufructo causal.

(1) La comunidad verdadera no nace de la ley.

(2) Los llamados conjuntamente en testamento gozan del derecho recíproco de acrecer (v. t. I, nn. 129 y ss.); los llamados separadamente en testamento y aquellos a cuyo favor se constituye el usufructo por actos *inter vivos* (v. el n. cit. y nn. 159, 161) quedan llamados, sin variación, a una cuota de usufructo.

(3) Es indudable que entre estas causas está el desuso: POMPONIO, 14, 25 *quib. mod.*, VII, 4.

(4) A título originario si se conserva la coposesión durante el tiempo necesario para prescribir.

(5) LABEON, 31, *de us. leg.*, XXXIII, 2. POMP., 49, *de us.*, VII, 1, prevé también una sucesión del copropietario, pero que derivando de un legado de usufructo a dos personas, encomendado a dos herederos, origine la atribución de un cuarto de usufructo sobre cada una de las cuotas de propiedad a cada uno de los beneficiados, y, por consiguiente, la constitución de una comunidad propia de usufructo sobre las dos cuotas de propiedad. Cfr. PAP., 11, *de us. adcr.*, VII, 2.

(6) La sucesión necesaria del cónyuge (arts. 812-814) y la sucesión *ab intestato* del cónyuge en concurrencia con los descendiente legítimos (art. 753); v. l. II, cap. IV.

(7) En Derecho romano, a más de la limitación expresa (PAULO, 50, *de us.*, VII, 1), podía haber otra tácita, bastando para ello que se atribuyera a uno el usufructo y a otro la propiedad de la misma cosa sin deducir el usufructo: MOD., 19, *de us. leg.*, XXXIII, 2, JUL., 4, AFR., 9, *us. adcr.*, VII, 2. No sucede lo mismo en Derecho vigente: v. t. I, ps. 340-341; como tampoco ocurría en Derecho romano si la atribución del usufructo y de la propiedad de

Aquí de nuevo hay que señalar la diferencia que existe con el régimen de las servidumbres, que no pueden constituirse por sucesión del copropietario (1), ya que es igualmente imposible que por suceder al propietario se constituya una servidumbre que grave una cuota de la propiedad (2).

---

la cosa misma la hacía el Juez en un juicio divisorio: ULP., 16, § 1, *fam. erc.*, X, 2.

(1) ULP., 2, *de serv.*, VIII, 1; PAP., 34, *de serv. pred. r.*, VIII, 3; ULP., 6, § 1, *comm. pr.*, VIII, 4; art. 636. RÜMELIN (*Theilung der Rechte*, § 15) cree que hay que distinguir aquellos casos en que la constitución por parte de un copropietario es inconcebible (el caso de las *servitutes habendi*, cuyo contenido es un poder no comprendido en el del copropietario), del caso de las *servitutes prohibendi* (en el que cabe imaginar transferido al titular aquel poder mismo de prohibir innovaciones que corresponde a cada uno de los copropietarios para con otro) y de las *servitutes faciendi* (en que aun podría considerarse transmitido el poder que forma parte del contenido de la copropiedad: derecho de pastos, cortar hierba o leña, extraer piedra, en los límites del derecho de participación en la propiedad). En éstos cree que está prohibida la constitución por un precepto de Derecho positivo. Pero ninguna de las facultades derivadas del común derecho forma parte del derecho de los partícipes del mismo; todo depende del régimen interno y variable de la comunidad. Por eso no se concibe la constitución de una servidumbre, aunque sea limitada, sobre la cosa común, por sucesión de uno de los partícipes, ya que el usufructuario sucesor del copropietario tiene temporalmente todas las facultades de éste y él mismo concurre a la regulación de la comunidad.

(2) Cosa muy distinta es la posibilidad de limitar el contenido de una servidumbre a una parte alícuota de la misma, cuando pueda ser susceptible de determinación cuantitativa la utilidad que haya de obtenerse, mediante la servidumbre, del fundo sirviente: toma de la mitad del agua necesaria para el riego de una finca, pastos para la mitad de los animales que se crían en un fundo. La cuota de servidumbre por ello no es siempre un *quid* que jurídicamente no pueda existir (así WINDSCHEID, § 209 ad n. 17); el atribuír a la servidumbre el carácter de indivisibilidad, con la que se cree que van unidos distintos principios, a saber, que la servidumbre no puede constituirse en beneficio de una cuota de propiedad (v. nota 2, p. 636), que una vez constituída no puede extinguirse para una cuota (v. la misma nota), y que no puede ser constituída a cargo de una cuota de propiedad (v. la nota anterior), sirve para expresar, con eficacia desde luego, el carácter indivisible de la prestación en que consiste la servidumbre: los varios obligados a la prestación no se eximen entregando una cuota, ni los varios derechohabientes pueden exigir la prestación de una cuota, aun cuando, como en los casos indicados, ésta se conciba; porque en la estipulación y en la promesa de una servidumbre, se atiende al resultado total que ella produce en beneficio de un fundo.

Los principios que hemos expuesto suelen relacionarse con el carácter de derecho divisible que se atribuye al usufructo (1) en oposición a la indivisibilidad reconocida a la servidumbre (2); carácter que sirve también para indicar la posibilidad de exigir o cumplir por partes alícuotas la prestación de un derecho de usufructo (3).

348. El titular de una cuota de usufructo puede alegar siempre, y con independencia de los titulares de las demás, su derecho a poseer, e independientemente de ellos, también, su derecho a la parte de frutos a ella correspondiente. Entre las condiciones a que va unido el logro de la posesión, es indivisible la obligación de redactar el inventario, que habrá de hacerse por ello a costa de quien pida la posesión, salvo su derecho al reembolso contra quien se beneficie del inventario formalizado para venir a participar también de la posesión; y salvo, por otra parte, la facultad del dueño de demandar a los cousufructuarios para que aprueben el inventario. En cambio, es divisible la obligación de afianzar, que no podrá exigir el dueño sino proporcionalmente a cada cuota de usufructo. De las obligaciones correlativas al disfrute (4) son indivisibles la de custodiar y la de atender a los gastos ordinarios de conservación y a las cargas que gravan los frutos; es divisible la de participar en los gastos de conservación extraordinaria, en las cargas que graven la propiedad y en los gastos de los pleitos.

Al usufructuario de la mitad de un fundo no puede exigírsele que asegure previamente, mediante fiadores o en otra forma, el cumplimiento de obligaciones por encima de aquella mitad del interés que tenga el propietario en semejante cumplimiento: el complemento de la fianza puede exigirlo el propietario al usufructuario de la otra mitad, y si no lo logra, ni renuncia a ello, como si no hay usufructuario de la otra mitad, permanece él mismo (el dueño) en comunidad de goce con el que ha afianzado. Tampoco el usufructua-

---

(1) Pap., 5, *de us.*, VII, 1; Pap., 1, § 9, *ad l. Falc.*, XXXV, 2; Gayo, 81, *eod;* Ulp., 1, § 1, *de accept.*, XLVI, 40.

(2) V. la nota 2 de la p. 639.

(3) Acerca de la ulterior consecuencia de la sujeción del legado de usufructo a la ley Falcidia, no me parece que aquí debo entretenerme.

(4) Entre éstas no se hallan las obligaciones nacidas de culpa aquiliana que en la comunidad de usufructo son de cargo del partícipe que con sus actos da lugar a ellas.

rio de la mitad puede ser requerido para que satisfaga los intereses totales de la cantidad abonada por el propietario para reparaciones extraordinarias o cargas impuestas a la propiedad; ni con respecto al propietario que no disfrute de la otra mitad está obligado a anticipar su importe, aunque puede reservarse el derecho al reembolso cuando quiera hacerlo. En cambio, no cabe prestar parcialmente la actividad necesaria para custodiar la cosa, cuyo disfrute no está dividido; sea cualquiera el régimen interno adoptado por los partícipes para regular el goce común, todos están obligados para con el propietario a ejercerla, para defender la cosa íntegramente; y todos ellos son responsables ante él, y por completo, de las consecuencias de no haberla ejercido, salvo el derecho de cada uno a repetir contra los partícipes que estuviesen obligados a ello según ese régimen interno. Igualmente por lo que se refiere a los gastos ordinarios de conservación; el usufructuario no está obligado a satisfacer el coste de la reparación del tejado, sino a repararlo; además, un tejado derruído, se repara, o no; pero el que atiende en parte a tal reparación, es como si no la hubiese hecho en absoluto. Y lo mismo ocurre en cuanto a las cargas inherentes a los frutos; las cargas reales se dividen también cuando la cosa o el derecho a que son inherentes se dividen entre varios; mas no se pueden satisfacer por partes cuando se trata de un derecho común. Aún menos susceptible es de satisfacerse parcialmente la obligación del usufructuario para con el propietario cuando no tenga por objeto una prestación simple de cantidad, sino la prestación de cantidad al acreedor de la carga, de suerte que se satisfaga éste y no pueda proceder ejecutivamente contra el fundo. Cuando el usufructuario de parte alícuota está en comunidad con el propietario, por efecto de la indicada indivisibilidad, ocurre que, en vez de estar obligado al cumplimiento total y disfrutar del derecho de dirigirse contra los coobligados para que le reembolsen, puede oponer una excepción al propietario que le exija el cumplimiento: puede pedir que comience dicho propietario por entregar el valor de su cuota de participación proporcional al disfrute que le corresponde.

La cosa cambia para los partícipes cuando llega la división de la comunidad (1); entonces, el derecho de participación se convierte para los cousufructuarios en un usufructo sobre una porción distinta de la cosa, y para el propietario que se hallaba en comunidad de disfrute, en la propiedad plena de una porción también. Aunque

(1) V. *infra* el n. 350.

al realizarse la división se excluya a algunos de los partícipes del disfrute, satisfaciéndoles un equivalente, y otros obtengan para sí el disfrute total de la cosa; o a algunos se les asigne una parte menor y a otros una superior a la cuota respectiva, siempre se determinan en relación a las partes asignadas en usufructo las obligaciones correlativas al disfrute. En cambio, la modificación no perjudica los derechos del propietario, como no los perjudica la sucesión en las obligaciones que trae consigo la enajenación del usufructo (1). En lo que respecta al disfrute anterior a la división, continúan respondiendo como antes los copartícipes; así, por ejemplo, responden de la falta de custodia por una porción distinta de la que reciben al dividir; o de la conservación ordinaria que hubieran descuidado; o de contribuír en proporción debida a la conservación extraordinaria de que se hayan aprovechado. Pero con la asignación de una parte en el disfrute las obligaciones del respectivo beneficiario se limitan a la custodia, conservación y pago de las cargas relativas a la porción dicha. Por el contrario, la modificación no afecta a la fianza ya constituída a favor del propietario por el usufructuario de parte alícuota (2). El propietario tiene derecho a que le garantice por la mitad del valor de la cosa el usufructuario de dicha mitad. Es muy dueño éste de practicar sin la intervención de aquél una división en virtud de la cual se le atribuya una parte inferior a la mitad que tenía, o incluso se le excluya del disfrute mediante un equivalente; pero la fianza prestada para garantizar los derechos del propietario en cuanto a la mitad de la cosa, no por ello restringe su alcance, ni se reduce a los intereses que tiene ahora en punto a la conservación y restitución de la parte distinta que se haya atribuído al referido usufructuario de la antigua mitad.

349. El disfrute de los partícipes en el usufructo tiene límites distintos y mayores que los del disfrute de quien es usufructuario exclusivo de una cosa; límites resultantes del artículo 675 (a), que

(1) En el l. IV resolveremos este punto, del que se deduce la justificación de las afirmaciones precedentes.

(2) Como no afecta la enajenación del usufructo a la fianza constituída; v. más adelante n. 358. En esto está la salvaguardia del propietario.—A la inversa: si la división del disfrute precede a la intimación para formalizar el inventario o afianzar, se restringe necesariamente la obligación en cuanto a uno y otra para los adquirentes singulares, a quienes sólo interesa en la parte que se les haya asignado.

(a) [Art. 394 del Cód. esp.]

impide a los partícipes servirse de la cosa común contra el interés de la comunidad, o de tal suerte que impida a los otros servirse de ella con arreglo a su derecho; ya que la obligación fundamental de todo usufructuario, la de conservar la sustancia de la cosa, coincide con aquel primer deber suyo: el de servirse de ella, «según el destino señalado por la costumbre», deber que tiene su corolario en el artículo 677 (a), donde consta la prohibición de hacer innovaciones en la cosa, aun cuando sea con ventajas para ella, si no asienten todos los demás.

La reconocida existencia de un interés de la comunidad reafirma el principio de que la unidad del derecho persiste, no obstante la multiplicidad de sujetos, y no se resuelve en múltiples derechos que vengan a asegurar otros tantos intereses distintos (tantos como sean los partícipes). El interés de la comunidad se puede dañar incluso por el uso de uno que no impida el de los demás. Estos pueden quejarse, no sólo porque el particular emplee en su exclusivo provecho la cosa que ellos no podían o no querían emplear, sino también cuando se ha elegido un uso y hubiera sido preferible otro, de que la cosa era susceptible según su destino, y cuyas ventajas hubieran beneficiado a todos los partícipes (1). La observancia de estos dos límites, puede exigirse a los partícipes del usufructo por los otros partícipes, lo sean a título de usufructo o de propiedad; pero no por el nudo propietario. La obligación de conservar el destino de la cosa, no difiere por su contenido de la que al usufructuario corresponde con respecto al nudo propietario; pero sí difieren en cuanto a la sanción: el nudo propietario, como los partícipes entre sí, puede impedir las innovaciones y exigir el resarcimiento del daño ocasionado por éstas; mas así como, conforme a la teoría que he expuesto (2), el capricho del usufructuario que cambia el destino de la cosa, aunque aumente su valor, está sancionado con la facultad del dueño de apropiarse sin pagarlo ese valor mayor, o pagando únicamente la tasación de lo que pueda retirar el usufructuario, no se impone esta sanción con respecto al partícipe; porque si la modificación beneficia a la comunidad, los partícipes que no la hayan impedido no pueden, según la doctrina preferible, exigir que se retiren las

(a) [Art. 397 del Cód. esp.]

(1) Ejemplo: uno ocupa solo en ausencia de los otros la casa que hubiera podido arrendar; cfr. GAYO, 19, *fam. erc.*, X, 1; PAULO, 65, § 3, *pro soc.*, XVII, 2.

(2) V. más arriba nn. 286 y ss.

modificaciones; ni pueden tampoco aprovecharse de ellas sin reembolsar, en los límites del enriquecimiento conseguido, a aquel que las haya realizado (1). Síguese de ello que el usufructuario que se halle en comunidad de disfrute con el propietario no puede pedir que desaparezca una innovación beneficiosa de que se aprovecha él mismo; pero la cualidad de partícipe en el disfrute que ostenta el propietario no modifica la fuerza del derecho que le asiste para tutelar un interés de duración indefinida y reaccionar contra cualquier cambio en el destino de la cosa. Y en la relación entre varios usufructuarios, como cada uno de ellos es responsable de semejante modificación para con el propietario, a cada uno corresponde reaccionar contra el cambio arbitrario que realice en la cosa cualquier otro partícipe, aunque para él resulte así un aumento de la utilidad que le procura el disfrute.

En cuanto a la adquisición de frutos, rige el principio de que cada partícipe adquiere la propiedad de los frutos naturales mediante la separación y proporcionalmente a su cuota (2). Este reparto puede modificarse mediante convenio tácito o expreso, y atribuir a uno cantidad de frutos mayor de la debida a su cuota. La

---

(1) La primera regla se deduce por PAULO, 26, *de serv. pr. u.*, que al *jus tollendi* de los socios señala como condición: *si modo toti societati prodest opus tolli*, con una modificación del principio expuesto por PAP., 28, *comm. div.*, X, 3: *in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse*. Para el reembolso, v. ULP., 4, § 3, 6 *comm. div.*, X, 3; GAYO, 34, *pro soc.*, XVII, 2. De los arts. 676 y 678 aparece que hay que tomar en consideración otras modificaciones en nuestro Derecho para acoger el principio rígido papinianeo, en cuanto se refiere no sólo a las obras necesarias para la conservación de la cosa, sino también a aquéllas encaminadas al uso según su destino (cfr. ULP., 12, *comm. div.*, X, 3). Puede caber la duda de si la modificación señalada en el pasaje de PAULO (¿de origen bizantino?) ha sido acogida en nuestro Código, vista la letra del art. 677, que prohibe las modificaciones «aunque el copartícipe *suponga* que son ventajosas a todos». Opto por la afirmativa, de acuerdo con el espíritu de la comunidad, en donde hay una relación de igualdad, y no de subordinación, como en el usufructo. VITA-LEVI *(Comunione dei beni)* dice claramente en el n. 162 que, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, y produzcan o no beneficio las modificaciones, están prohibidas, desde luego; y en el n. 169 sostiene que la comunidad, *aun cuando la innovación resulte perjudicial* (la letra cursiva es del texto), tendrá derecho a que desaparezca inmediatamente, quedando obligada a reembolso si quiere conservarla.

(2) JUL., 25, *de usur.*, XXII, 1.

modificación no produce sino un efecto obligacional: la parte de frutos que rebase la cuota que un partícipe ha conferido a otro, sigue siendo propiedad suya, y puede reivindicarla, como sus acreedores pueden embargarla si con la posesión no se ha constituído un derecho a favor de tercero. Pero la obligación asumida de atribuír esta parte mayor de frutos, así como la obligación de restituír aquellos que haya percibido alguno por encima de lo que le corresponde con arreglo a su cuota, salvo pacto que modifique la distribución proporcional por partes alícuotas, se satisface, si sobreviene la partición (arts. 992 y 684), mediante una deducción del valor de la cuota, y originándose un derecho preferente a favor del partícipe acreedor sobre los acreedores extraños de los otros partícipes. En los frutos civiles el partícipe se apropia aquellos nacidos de una relación jurídica constituída por el mismo, quedando obligado a dar cuenta a los otros en proporción a las respectivas cuotas; si los frutos tienen su origen en una relación jurídica constituída por todos los partícipes o en que todos ellos se suceden, uno solo carece de personalidad para reclamarlos y necesita que los demás le hayan conferido su representación de un modo tácito o expreso.

Para regular la comunidad de usufructo, son de aplicar los principios que acabamos de citar, como los relativos a la obligación recíproca de los partícipes de contribuír a los gastos necesarios para la conservación de la cosa común (art. 676) (a), y por consiguiente a los gastos de reparaciones extraordinarias que en las relaciones entre usufructuario y propietario no está obligado el primero a sostener, sino facultado nada más para anticipar (1) (salvo siempre su derecho de librarse de ellos mediante el abandono); también sirven para regular la comunidad de usufructo las normas sobre obligatoriedad de los acuerdos de la mayoría en punto a la administración y al disfrute de la cosa común, y al señalamiento de esa mayoría en razón a la cuantía de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad.

350. Se disuelve la comunidad de disfrute, aparte de las causas señaladas a la extinción del derecho de todos los partícipes, por las que determinan la extinción del derecho de algunos y la concentra-

---

(a) [Art. 395 del Cód. esp.]

(1) De ahí el derecho del propietario que está en comunidad de goce con el usufructuario, de exigir aquel concurso que no puede exigir el nudo propietario del usufructuario. V. la resolución citada en la nota 2 de la p. 545.

ción en uno solo de ese disfrute: de esto me ocuparé en otro lugar; aquí voy a tratar únicamente de una de las causas de disolución: de la división. Los inconvenientes que ofrece la comunidad, en la cual falta el estímulo del interés exclusivo, y es más desmayada, por tanto, la actividad de los interesados en la custodia, conservación y mejora de los bienes, y resultan frecuentes las ocasiones de discordia y las cuestiones sobre el modo de regirla, se acentúan en la comunidad de usufructo, y en la comunidad de goce entre propietario y usufructuario, pues viene a unirse a estos conflictos aquel quebrantamiento que la superposición del usufructo a la propiedad acarrea en punto al interés que tiene en los bienes el propietario; pues los efectos de aquel quebranto o debilitamiento no sólo no se compensan, sino que se aumentan mediante la creación de los intereses atribuídos a quien encuentra en los bienes un medio temporal de goce. Por ello, y aun con mayor energía que para la comunidad en el dominio, hay que reconocer al usufructuario de parte alícuota la facultad de separarse de la comunidad de disfrute; y de otra parte se preconstituye a favor del dueño la facultad de impedir la creación de la comunidad, entregando un equivalente del disfrute fraccionario (1) en los casos en que la comunidad misma tiene su origen en un precepto legal.

---

(1) Esta facultad aparece consignada, según hemos visto en su lugar (t. I, n. 184), en los arts. 753 y 819, que prescriben que puedan ser satisfechos por los herederos en las varias formas que indica el art. 819, los derechos de usufructo del cónyuge, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. Este derecho de opción correspondiente a los herederos, no produce la disolución de una comunidad que se estableciera al abrirse la sucesión; lo que hace es impedir que la comunidad sea creada, según digo en el texto. Como el art. 819 establece que el cónyuge conserva sus derechos de usufructo sobre todos los bienes relictos hasta que sea satisfecha su porción hereditaria, de ello se ha deducido que adquiere un derecho a participar en el goce en especie, primero, y que después cambia su carácter de usufructuario por el de acreedor de una renta o acreedor de frutos, o en otra cualquier forma, a virtud del ejercicio del citado derecho de opción. Pero si hubiese una adjudicación de verdadero usufructo a favor del cónyuge, nacería una comunidad de disfrute en la que, según los principios generales que acabo de exponer, nadie puede estar obligado a permanecer, y habría que reconocer en el espacio anterior al ejercicio de la opción, una facultad de los herederos, partícipes en el goce, de pedir la división y hacer cesar, *contra la letra precisamente del artículo*, el usufructo sobre todos los bienes hereditarios. Y si el cónyuge hubiese de concluír de ser usufructuario al ejercitarse la opción, habría con esto una transmisión forzada del usufructo por acto

Esta facultad se halla reconocida en las fuentes romanas, que atribuyen a los usufructuarios de la misma cosa el derecho a deducir uno contra otro el *judicium communi dividundo* con una *actio utilis* (1); y en el caso de que la comunidad de usufructo proceda de un llamamiento hereditario, entre los herederos a cuyo favor se haya reservado el usufructo del fundo legado o que sean copropietarios del siervo a quien se ha legado el usufructo, se aplica directamente el *judicium familiae erciscundae* en el cual está comprendido el usufructo común (2). La *actio communi dividundo* no sólo tiene

---

inter vivos, cuya eficacia estaría subordinada a la transcripción tratándose de inmuebles y pagar por ello el correspondiente impuesto proporcional. La opinión impugnada contradice evidentemente la finalidad de la conversión, que es la de asegurar a los herederos plena libertad de disfrute, ya que una comunidad transitoria de goce que interrumpiese el libre desenvolvimiento de la gestión patrimonial preexistente a la apertura de la sucesión y que se reanuda con el pago al cónyuge, sería fuente de inconvenientes mayores que los de una comunidad cuyas consecuencias hubieran de sufrir los herederos durante toda la vida de aquél. El derecho de usufructo que el citado artículo reconoce al cónyuge, es un usufructo con función de garantía, que podrá alegarse indudablemente, para tener la posesión y el disfrute, cuando no sea satisfecho mediante la obligación de asegurar la renta, o en otra cualquier forma; que persiste cuando se ejercite la opción mientras se liquida y adjudica el equivalente al cónyuge, y que quita eficacia a los actos de disposición que realicen los herederos como si los bienes estuvieran libres de tal carga; pero es un usufructo cuya extinción se retrotrae al momento mismo de abrirse la sucesión una vez que se liquida y cumple la condición resolutoria que hubo de originarla. Conforme a esto han resuelto el Trib. de Apel. de Génova, 12 marzo 1880 y 9 abril 1886 *(Giur. it.*, 1880, 825; 1887, 60); cfr. también Cas. Turín, 14 noviembre 1882 *(Giur. tor.*, 1883, 47). En cambio, más recientemente, ha reconocido este último Tribunal el derecho del cónyuge a retener la posesión de los bienes hereditarios hasta que aquél sea efectivamente pagado: Cas. Turín, 14 septiembre 1903 y 30 septiembre 1908 *(Giur. tor.*, 1903, 291; 1909, 511) (a).

(a) [Confirma la tesis del autor la especial redacción de nuestro art. 838, párr. 2.°, que dice «estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo».]

(1) Ulp., 7, § 7, *comm. div.*, X, 3; 13, § 3, *de us.*, VII, 1; Paulo, 32, *de st. serv.*, XLV, 3; en este último caso se recuerda la opinión opuesta de Sabino, que negaba la existencia de una *juris communio* entre los dos usufructuarios de un siervo. La ampliación de la *actio communi dividundo* al usufructuario se debe a Juliano, según resulta del segundo pasaje citado.

(2) Ulp., 14, § 2, 16; Paulo, 15, *fam. erc.*, X, 2.

por objeto disolver la comunidad, sino asimismo el cumplimiento de las obligaciones que subsistiendo aquélla corresponden a un partícipe contra otro (1); de una resolución de las fuentes aparece que cuando se deducía como acción útil no quedaba limitada a esta segunda función, sino que se reconocía la facultad del usufructuario para obtener el disfrute exclusivo de una parte determinada cuando la cosa fuese susceptible de división en partes; y dicha resolución confiaba al juez ordenar a los partícipes que asumiesen la obligación de atribuirse el disfrute exclusivo de determinadas porciones del fundo (2). El aludido texto señala otras medidas que, en el amplio arbitrio reconocido al juez, podía éste adoptar para concluír con la comunidad de disfrute: arrendamiento del fundo usufructuado a uno de los partícipes; o a un extraño, con obligación de satisfacer la merced, proporcionalmente a sus cuotas respectivas, a todos los partícipes; tratándose de cosas muebles, distribución del disfrute en diversos períodos de tiempo, obligándose recíprocamente los partícipes a asignarse el disfrute exclusivo en dichos períodos. Se ha dicho (3) que las medidas indicadas no agotaron las amplísimas facultades que correspondían al árbitro en el juicio divisorio, pues podía en cada uno de los variadísimos casos acudir a otras, análogas a las reconocidas en materia de división de la propiedad. Realmente, no hay en las fuentes otra eficacia que la obligacional en cuanto a la división del disfrute: repetidamente se dice que el juez interviene para ordenar a los partícipes que prometan formalmente regir el ejercicio de su derecho de una determinada manera, y el derecho no deja de ser un derecho común (4). No hay razón alguna para pensar que el árbitro tuviese menos facultades que las que correspondían a la colectividad de partícipes; y una vez reconocido que la cesión del usufructo tenía eficacia real, aun subsistiendo el principio de la inseparabilidad del usufructo *de la persona del usufructuario* (5), hay que creer que no había obstáculo a la división mediante la venta en vez de mediante el arrendamiento del usufructo, bien

---

(1) ULP., 12, 23, *comm. div.*, X, 3; JAV., 4, *de serv. leg.*, XXXIII, 3, etc.

(2) ULP., 7, § 10, *comm. div.*, X, 3.

(3) SINTENIS, *Civilr.*, § 122, n. 37. Cfr. además ELVERS, p. 550.

(4) *Stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur:* ULP., 13, § 3, *de us.*, VII, 1. Aun en el juicio *familiæ erciscundæ, si volent heredes a communione ususfructus discedere*, realiza su propósito el juez *cautionibus interpositis:* ULP., 16, pr., *fam. erc.*, X, 3.

(5) El principio se repite en el segundo pasaje citado en la nota anterior.

a uno de los partícipes, o bien a un extraño, y la distribución del precio entre aquéllos (1).

La situación en el Derecho vigente cambia porque el juicio de división carece del carácter de un arbitraje en que el juez dispone de facultades discrecionales; hoy es la ley la que marca el procedimiento que haya de seguirse, aplicando a la división entre los partícipes que forman la comunidad las reglas relativas a la partición de la herencia (art. 684), que no permiten otra alternativa que la adjudicación a los interesados de parte de los bienes comunes o su venta en subasta judicial para ser distribuído entre ellos el precio (arts. 987-988) (a). El precepto del artículo 684, como aquel del 681 (b) que reconoce a cada uno de los partícipes el derecho a pedir la disolución de la comunidad declarando nulo el pacto de permanecer en proindivisión por más de diez años, está colocado en el título IV del libro II bajo el epígrafe genérico «De la comunidad», que el 673 desenvuelve hablando de la comunidad de bienes y no de la comunidad de propiedad (c). La exigencia de las cosas impone sujetar a ello la comunidad de usufructo que tenga por objeto cosas corporales (2) y así quedan fuera de él tanto la comunidad de los derechos de obligación (3) como la comunidad de usufructo que tenga por objeto esta clase de derechos. Estas, como tantas otras normas referentes a las obligaciones recíprocas de los partícipes, que impiden la persistencia contra su voluntad en una relación obligatoria constituída sin su consentimiento y aseguran a los derechos de igual naturaleza la misma eficacia, determinando, cuando el titular de uno quiera separarse, la conversión eventual de su derecho y jun-

---

Sobre la armonía del mismo con la eficacia real de la cesión del usufructo, v. el n. 355.

(1) Sólo formalmente persiste en este caso la comunidad; como formalmente continúa perteneciendo al cedente el usufructo cedido; v. el citado número 355.

(a) [Cfr. arts. 402, 404, 406, 1.061 y 1.062 del Cód. esp.]

(b) [Art. 400 del Cód. esp.]

(c) [En el Código esp. el tít. 3.° del lib. II, lleva el epígrafe «De la comunidad de bienes», y el art. 392, que lo encabeza, claramente indica, al definir la institución, que ésta comprende tanto la comunidad de cosas como la de derechos.]

(2) Y se puede agregar, por las razones indicadas en el n. 346, el usufructo sobre derechos de patente.

(3) Y se puede agregar, por iguales razones, expuestas en el n. 346, la comunidad de los derechos de garantía real.

tamente de los de los otros, también deben aplicarse a las relaciones entre los partícipes del usufructo (1).

El sistema romano atendía a la necesidad expuesta, aunque, contra la opinión dicha, no tuviese facultades el árbitro para vender el usufructo, sino únicamente para arrendar los bienes, cuando no era conveniente la distribución en especie del disfrute. Pero el arrendamiento contra la voluntad de los interesados, se resuelve en un secuestro judicial, y en nuestro sistema legislativo no cabe duda de que la cualidad de cosa común no es razón bastante para acordar un secuestro. Habría, por tanto, en el régimen de la comunidad de usufructo, una laguna inadmisible si no se reconociera que son aplicables a ella los artículos 681, 684, 987 y 988 (a). No hay dificultad alguna en reconocer que un partícipe puede deducir demanda de división y obligar a los otros a la subasta, ya que a ésta puede llegarse mediante reclamación de cualquier acreedor personal.

351. Pero ¿cuál es el derecho común cuyo valor se liquida mediante la venta? A mi juicio, el usufructo que, según el título y las circunstancias personales, corresponda al partícipe de quien se presuma que ha de disfrutar menos tiempo. Si se lega el usufructo de

(1) Surgen sin la voluntad del obligado las obligaciones del usufructuario para con el propietario; pero como el derecho a que van inherentes está subordinado a la propiedad y no es de igual naturaleza que ésta, lógico es que carezca de eficacia para imponer una conversión a que queda sujeto, juntamente con su derecho, el de propiedad, cuando el usufructuario quiera llegar a la división; mas no es esto sólo; tampoco cabe, con tal motivo, modificar la posición jurídica del propietario, consolidando en él, por ejemplo, el pleno dominio, pero imponiéndole la obligación de entregar el equivalente del usufructo. Al copropietario de una centésima parte de una cosa, que tiene un derecho noventa y nueve veces inferior en valor al del propietario de las demás cuotas, pero de igual naturaleza, debe garantizársele su derecho, o bien adquiriendo una porción de la cosa común en propiedad, o bien obligando al propietario a un sacrificio igual para obtener un equivalente, sacrificando su derecho sobre la cosa. Y lo mismo cabe decir con respecto a quien se halle en idéntica proporción como usufructuario y con relación a otro usufructuario. En uno y otro caso, repetimos, se trata de derechos de igual naturaleza, aunque diferente cuantía. Pero el que dispone del usufructo entero de la cosa, y, por consiguiente, de un derecho que puede ser de igual valor, si no superior, al de la nuda propiedad, no puede tener iguales facultades, y sólo con el abandono podrá librarse del vínculo obligatorio.

(a) [Están citados ya sus concordantes del Código español.]

un fundo a Ticio, que está en la infancia, y a Cayo, hombre ya de edad o anciano, lo que habría que vender cuando la distribución del goce en especie no fuera posible, a fin de disolver la comunidad, sería el usufructo correspondiente a Cayo y el que corresponda a Ticio durante su vida, esto es, el usufructo íntegro del fundo por la duración que marquen el título y la vida de Cayo. El precio de adjudicación se distribuirá por partes iguales entre Ticio y Cayo; Ticio, al sobrevivir a Cayo, tendrá el usufructo que por el tiempo posterior a la muerte de Cayo ha permanecido en su patrimonio, acrecido ya con esa muerte, y, por tanto, el usufructo íntegro. Si Ticio premuere a Cayo, permanecerá en su patrimonio, con el equivalente obtenido, un valor superior al que le habría procurado el disfrute; pero esto puede ocurrir en parte en todos los casos de subrogación de un elemento patrimonial por otro, y en parte también es consecuencia de lo eventual que resulta siempre un derecho de incierta duración.

Igual criterio se aplica cuando entre los cousufructuarios no hay derecho de acrecer, y conduce a una resolución distinta parcialmente. El niño Ticio es usufructuario de una tercera parte de un fundo con el anciano Cayo. El objeto de la venta será el usufructo que corresponda a Cayo y el que durante su vida corresponda a Ticio; por tanto, respecto a todo este tiempo el usufructo de la parte de Cayo, y el usufructo de la parte de Ticio, si éste vive todo este tiempo. Al extinguirse el usufructo del adjudicatario, el superviviente Ticio disfrutará del usufructo de su parte, que sigue en su patrimonio después de la muerte de Cayo, y se establecerá una comunidad de goce entre él y el propietario. Premuriendo Ticio a Cayo, se restringirá el usufructo del adjudicatario a la parte de Cayo y él será quien entre con el propietario en comunidad de disfrute.

Puede ser objeto de división tanto el usufructo de cosa singular como el de un patrimonio o de una parte alícuota de éste. La división del usufructo de un patrimonio, como la partición hereditaria, puede llegar a extinguir la comunidad de todos los derechos que comprenda el patrimonio: lo mismo de aquellos en cuya participación va implícita la potencialidad de transformarse en un derecho exclusivo de igual naturaleza que el derecho común, aunque con objeto limitado, o en un derecho a una parte del precio obtenido de la enajenación del derecho común, que de aquellos otros que no llevan consigo esa misma potencialidad: así ocurre con el crédito o el usufructo del crédito de una prestación indivisible. Este puede ser adjudicado a título exclusivo a uno de los partícipes, compen-

sándose la parte alícuota de los demás con la adjudicación de otros derechos o con una indemnización. Y la partición hereditaria, como la división del usufructo de un patrimonio, puede resolver igualmente la modificación antes sobrevenida con la apertura de la sucesión o con la adquisición del usufructo sobre el derecho de obligación divisible por parte de varios, que quedan así investidos separadamente de derechos de obligación independientes, para sustituír con esta investidura la adjudicación a uno solo del derecho íntegro y una compensación para los demás. No es éste lugar adecuado para ocuparnos de cuantas cuestiones ofrece la práctica de semejante división; son más bien cuestiones propias de la división de la universalidad patrimonial, y su resolución es directamente aplicable al usufructo constituído en favor de varios sobre el patrimonio.

Me he ocupado hasta ahora del caso de disolución por medio de división de la comunidad verdadera de usufructo; y así como son relaciones perfectamente análogas a las que existen entre los varios usufructuarios de la misma cosa las que median entre el usufructuario de una cuota y el propietario que se halla con él en comunidad de goce, debemos reconocer que éste y aquél tienen derecho a exigir uno para con el otro la disolución de la comunidad (1). De esto parece surgir una dificultad, pues si la división no puede practicarse adjudicando a los partícipes porciones con derecho a exclusivo disfrute (b), ya no hay un derecho común susceptible de enajenación para hacer el reparto del precio. Pero se salva la dificultad si se tiene en cuenta que en realidad hay un derecho de usufructo sobre la cosa entera, en el que participa el usufructuario de parte alícuota y

---

(1) Para el Derecho romano, ELVERS, p. 330, lo reconoce como cosa indudable, aun cuando sin fundamento en los textos. Evidentemente no puede aducirse en contrario la opinión de PAULO, 10, *quib. mod.*, VII, 9, que prevé el caso del legado de usufructo hecho por un copropietario a otro, y sustrae el régimen de las relaciones entre el legatario y el heredero al juicio *communi dividundo:* el copropietario legatario adquiere como derecho exclusivo suyo el usufructo (a).

(a) [La sentencia de nuestro T. S. de 14 diciembre 1898, parece admitir que hay comunidad de bienes entre los copropietarios de una cosa común y el usufructuario de una parte de ella, y consiguientemente es procedente la acción ejercitada por un copropietario contra el usufructuario de cuota para la división de la cosa poseída en común.]

(b) [V. art. 490, párr. 2.°, del Cód. esp.]

que no aparece como un derecho existente por sí mismo en cuanto a la cuota que se le detrae y cuyo goce queda reservado al dueño. El derecho objeto de la venta es éste, con la duración señalada en el título constitutivo y por la vida del usufructuario, sin que ello produzca alteración alguna en su posición económica ni en la del propietario. Le corresponda o no al usufructuario el derecho de acrecer, tiene la esperanza de poder disfrutar toda la vida, pero no más, y a base de esta esperanza viene a fijarse en la venta el valor del derecho y, por lo tanto, el equivalente o precio de que participa. El propietario, participando de este mismo equivalente, puede llegar a recibir más o menos de lo que le hubiera procurado la comunidad de disfrute; pero esta diferencia queda exactamente compensada con el más o el menos que consigue como propietario libre de todo usufructo al ampliarse éste sobre la cosa entera en manos del adjudicatario y por toda la vida del usufructuario de parte alícuota.

Si para disolver la comunidad de disfrute entre usufructuario y propietario hay que reconocer que ambos pueden exigirse mutuamente la venta del usufructo cuando sea imposible la división material, y se debe rechazar por completo que el usufructuario pueda pedir la venta de la plena propiedad (1) para hacer que la venta se realice en condiciones más favorables que cuando tiene por objeto el aleatorio derecho de usufructo; no hay razón, al parecer, para que no pueda pedir esto el propietario, bien sea éste o el usufructuario el que haya instado la división del disfrute (2). Con semejante petición, el propietario dispone de la nuda propiedad que le

---

(1) Así Apel. París, 7 marzo 1843 *(Journ. d. Pal.* de esta fecha); Apel. París, 1.° marzo 1865 *(Journ. d. Pal.*, 1865, 469); 20 mayo 1884 *(Dalloz pér.*, 1884, 5, 360); Apel. Amiens, 15 noviembre 1892 *(Dalloz pér.*, 1893, 2, 314).

(2) Varias sentencias francesas reconocen este derecho: cfr. Casación, 24 junio 1863 *(Journ. d. Pal.*, 1863, I, 919). BEUDANT, en nota a otra sentencia de Casación de 7 de enero de 1878 *(Dalloz pér.*, 1878, 1, 145), que resuelve acerca de la distribución del precio obtenido en una venta de la plena propiedad ocasionada por la petición de división del usufructuario, dice que la jurisprudencia atiende a consideraciones prácticas al ordenar la venta del pleno dominio sin el consentimiento de los interesados. Pero ni él ni los otros pocos que se han ocupado de las cuestiones tratadas en este número (v., por ejemplo, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Success.*, II, 2.126 y sigs., y una nota anónima en el *Journal du Palais*, 1863, 928), distinguen claramente entre la demanda del usufructuario y la demanda del propietario en caso de comunidad de goce, ni aprecian con exactitud las tendencias de la jurisprudencia.

pertenece exclusivamente y no altera jurídicamente la posición que por razón de su derecho corresponde al usufructuario, porque éste, o bien se ha expuesto con su petición de dividir el goce a la conversión de su derecho en una cantidad de dinero, o debe sufrirla una vez que la demanda se haya deducido contra él; tampoco la altera aun cuando sobre la propiedad graven hipotecas inscritas, porque extendiéndose necesariamente a la parte de disfrute reservada al propietario, se ejercitarían también sobre el precio obtenido mediante la venta del usufructo solo; y sí la altera económicamente, la altera en beneficio exclusivo del usufructuario que, al participar en el precio de la venta del pleno dominio en contemplación al valor de su derecho, obtendrá algo más de lo que hubiera podido obtener participando del precio del usufructo.

También se ha sostenido que llegándose contra la voluntad del usufructuario a la venta del pleno dominio, debe asignársele el usufructo de una parte alícuota del precio igual a la cuota de disfrute de que se ve privado, y no la propiedad de una parte del precio atendiendo a la proporción de valor entre su derecho y la propiedad plena (1). Pero a esta opinión puede oponerse que, de todas maneras, aun cuando se llegue a la venta del usufructo, y no a la de la plena propiedad, logra el usufructuario la propiedad de una parte del precio y no el disfrute de un capital; mas no puede negarse que semejante solución llega a la disolución de la comunidad con la menor alteración posible de la posición respectiva del propietario y del usufructuario.

Con los principios expuestos se regula la división en el caso más complicado, cuando concurre con la comunidad propia de usufructo una comunidad de goce. Hay dos usufructuarios juntamente de la mitad de un fundo; cada uno de ellos podrá exigir del cousufructuario o del propietario la división del goce mediante la subasta del usufructo; y el propietario también con la subasta del dominio pleno.

La comunidad de usufructo y la comunidad de disfrute pueden concurrir con la comunidad de propiedad. Echaré por delante la afirmación categórica de que sean uno o varios los usufructuarios, no afectan a éstos los pactos y procedimientos para disolver la comunidad de dominio cuando los propietarios carecen de participación en el goce. Cierto que los propietarios están en peores condiciones para dividir cuando, por no ser posible la división material, hayan de proceder durante el usufructo a la venta de la nuda pro-

(1) BEUDANT, *loc. cit.* en nota anterior.

piedad en vez de subastar el pleno dominio. Para esquivar este inconveniente, en algún caso especial se ha pensado que había razón bastante para aplazar la división hasta que el usufructo se extinga (1). En cambio, otras veces, apartándose de la tutela rígida de los derechos del usufructuario, se ha creído poder interpretar un legado universal de usufructo como si tuviera por objeto los bienes logrados a consecuencia de las operaciones particionales entre los herederos, y singularmente el precio de venta de los inmuebles hereditarios (2). Torpemente han sido salvadas como apreciaciones de hecho estas resoluciones faltas de todo fundamento jurídico (3). El usufructuario o usufructuarios del patrimonio no deben ser de peor condición que el usufructuario de bienes particulares (4) en cuanto al amparo que merece su derecho real sobre los bienes que están en el patrimonio (5); a reserva de que se eliminen de entre ellos los necesarios para satisfacer el pasivo si no se ha saldado anticipando su importe.

Pero la situación cambia radicalmente cuando el usufructuario o los usufructuarios lo sean de bienes singulares que en el patrimonio están en comunidad de disfrute con los partícipes de la propiedad. También aquí hay que afirmar, ante todo, que el objeto del usufructo no puede ser determinado por la división de la propiedad sin la voluntad del usufructuario o sin su presencia en el juicio divisorio. Este principio está consignado en una resolución de las fuentes de precisión verdaderamente clásica (6) y que la doctrina ha

---

(1) Apel. Trani, 25 febrero 1898 (*Riv. giur. Trani*, 1898, 277); Apel. París, 31 agosto 1813 (DALLOZ, *Rép.*, *Success.*, 1529).

(2) Apel. Orleans, 2 de diciembre de 1824 (*Journ. d. Pal.* de aquella fecha); Apel. Angers, 23 febrero 1876 (*Dalloz pér.*, 1877, 2, 58).

(3) Cas., 10 mayo 1826 (*Journ. d. Pal.* de aquella fecha); Cas., 9 abril 1877 (*Dalloz pér.*, 1877, 1, 389).

(4) Respecto a éstos se ha resuelto muchas veces que si el usufructo de bienes inmuebles pertenece a uno y la propiedad a varios, no puede ser objeto de la venta sino la nuda propiedad: Cas., 10 diciembre 1889 (*Dalloz pér.*, 1891, 1, 71).

(5) Cas., 8 diciembre 1846 (*Journ. d. Pal.*, 1846, 2, 739).

(6) LABEON, 31, *de us. leg.*, XXXIII, 2: *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blæsus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum dividisset, eius partis, quæ tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram, ego hoc falsum puto: nam cum ante*

mantenido (1). Pueden libremente los copropietarios proceder a la división entre sí sin preocuparse del usufructo de parte alícuota, ni de quién sea el usufructuario de la cosa íntegra; pero semejante división deja intacto tanto el derecho de permanecer en el goce de la cosa toda, cuanto el de continuar en la comunidad de goce (2). Sin embargo, los copropietarios pueden pedir la división del disfrute, como los usufructuarios pueden solicitarla. Si la demandan éstos siendo posible la división material, se realiza mediante adjudicación a los individuos del goce exclusivo de bienes que permanecen en copropiedad, y para los cuales la ulterior división de la copropiedad carece de eficacia sobre los derechos de los usufructuarios; cuando no es posible aquélla, mediante la subasta del usufructo (3). Pueden pedir los copropietarios, o reconvenir en tal sentido si han demandado los usufructuarios, que se una a la división del goce la de la propiedad, adjudicando a cada uno una parte en pleno dominio y una porción gravada con el usufructo; y si no fuera posible la división material, disponiendo de la nuda propiedad que les corresponde en forma exclusiva, pueden los copropietarios instar la venta del pleno dominio (4).

Lo mismo cabe aplicar al caso opuesto, en que el usufructuario o los usufructuarios de la cosa íntegra, o del patrimonio entero, sean partícipes de la propiedad de aquélla o de éste. Los otros partícipes que sólo tengan la nuda propiedad, no pueden pedir, cuando la división material no es posible, sino la venta de dicha nuda propiedad (5); los usufructuarios copropietarios pueden, disponiendo del usufructo que les está atribuído, preferir la venta del pleno dominio.

---

arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.

(1) PROUDHON, 1.254.

(2) Apel. Dijon, 24 de diciembre de 1883 (*Dalloz pér.*, 1884, 2, 203).

(3) V. más arriba la nota 2 de la p. 653.

(4) V. más atrás nota 1 de la p. 653.

(5) Apel. Orleans, 8 diciembre 1881 y 19 marzo 1887 (*Dalloz pér.*, 1884, 2, 43, y 1889, 2, 113); Apel. Angers, 4 enero 1882 (*eod.*, 1883, 2, 4); Cas. 10 diciembre 1889 (*eod.*, 1891, 1, 71).

CAPÍTULO XI

LA NUDA PROPIEDAD

SUMARIO: 352. Derechos y obligaciones del nudo propietario.

352. La propiedad modificada por la superposición de una servidumbre o de una hipoteca subsiste con el nombre y la sustancia de tal propiedad; a la propiedad modificada por el usufructo se le llama nuda propiedad, y es, en efecto, distinta de la propiedad, porque si en ella persiste la facultad de excluír cualquier actividad ajena sobre la cosa que no sea la ejercida por el usufructuario, no puede alegar nada contra éste mientras dura su derecho, y al usufructuario también le corresponde una facultad análoga en este tiempo, aun contra el propietario (1). Por consiguiente, el nudo propietario

(1) Un estudio reciente de PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto (Bollettino dell'Ist. di dir. rom.*, t. XXII, ps. 109 y ss.), desenvolviendo la tesis expuesta por mí en el t. I de este tratado, a saber, que el usufructo no puede considerarse incluído en el concepto de servidumbre (tesis que LONGO ha sostenido después en un trabajo de exégesis del Derecho romano publicado en el mismo *Bollettino*, t. XI, ps. 281 y ss.), llega a la conclusión de que en el Derecho clásico fué considerado el usufructo como una verdadera *pars dominii;* con la cual opinión adquiere nuevo valor el ya combatido concepto del usufructo causal; prescindiendo de la indagación sutil exegética, de que no puedo ocuparme aquí, he de manifestarme resueltamente en contra de su valor dogmático. PAMPALONI cree que ha dicho bastante con afirmar que por la superposición de la servidumbre a la propiedad, queda ésta limitada, pero no restringida, por no sustraerse al dominio del fundo sirviente las facultades atribuídas al dueño del fundo dominante «sino en cuanto es necesario al uso de la servidumbre», en tanto que las facultades reconocidas al usufructuario son facultades, todas ellas, de que se priva al nudo propietario. Ya sabemos que en la mayor parte de los casos los actos de disfrute que se realizan *jure servitutis* puede realizarlos *jure proprietatis* el dueño del predio sirviente (y de este concurso hemos visto importantes consecuencias en el capítulo anterior); mas puede ocurrir que la constitución de la servidumbre acarree la privación absoluta de una facultad de goce

puede reivindicar la cosa poseída por un tercero, aun cuando para reservarse él el disfrute, incluso contra la voluntad del usufructuario; ni el tercero podría disputarle su derecho alegando otro que le es ajeno (1); tan sólo frente al usufructuario y a sus causahabientes queda enervada su potestad de exclusión en virtud de las facultades que éstos tienen, pues no pueden pedir la posesión ni el disfrute sino el usufructuario y cuantos de él traigan causa. Queda, por lo demás, facultado el nudo propietario para disponer de la cosa enajenándola o hipotecándola (a); le está prohibida la constitución de derechos de garantía mobiliaria que lleven consigo el discernimiento de la posesión; si lo realiza, puede frustrar su propósito la acción reivindicatoria de la posesión que ejercite el usufructuario, salvo que tropiece con la buena fe del acreedor pignoraticio. Los efectos de la enajenación o de la hipoteca quedan limitados a la nuda propiedad, tanto si ésta es el objeto del acto traslativo, cuanto si lo es el pleno dominio, porque en este último caso se reduce a la nuda propiedad cuando quiera el usufructuario. El nudo propietario no puede alegar la limitada eficacia de su propia obra cuando intente impugnar el acto mismo que determinó como objeto la nuda pro-

---

del propietario del predio sirviente. Pero lo que importa más es saber que el concepto de propiedad no lo determina sino la serie de facultades que corresponden al propietario; y la asignación de una o más de estas facultades a otro, aunque, por consiguiente, implique la sustracción temporal o perpetua de la misma facultad al propietario, no puede considerarse como asignación de una parte de la propiedad. Con arreglo a la premisa de PAMPALONI, y con igual o mayor razón, deberían considerarse parte del dominio, los derechos de enfiteusis o de superficie. BEKKER, *System*, § 32, B. III, estima dividida la propiedad en partes cualitativamente distintas entre señor del dominio directo y enfiteuta, o entre dueño y superficiario. Y PAMPALONI reconoce que los derechos de enfiteusis y superficie no se han considerado nunca como partes del dominio, aun cuando da de ello la razón siguiente: «si bien es verdad que los mismos no limitan el contenido del dominio que gravan aunque lo disminuyan, no representan, sin embargo, una de sus facultades constitutivas». Ahora bien: si el concepto de propiedad se resuelve en las facultades del propietario, ¿no es una *facultad constitutiva* la de obtener utilidad de la cosa cambiando su sustancia que se asigna al enfiteuta?

(1) El concepto del usufructo como *pars dominii* debería llevar lógicamente a una conclusión opuesta: entre la posesión sin título y el propietario que tiene derecho a poseer, atribuído al usufructuario, debería prevalecer el poseedor.

(a) [Admiten explícitamente estos derechos el art. 489 del Cód. esp. y el 107, n. 3.°, de la Ley Hip.]

piedad, para pretender así la posesión para sí y el disfrute de la cosa enajenada mientras dure el usufructo. Igual criterio sirve para señalar la eficacia de una servidumbre constituída por el nudo propietario; según el artículo 635 (a), puede el propietario sin consentimiento del usufructuario, imponer aquellas servidumbres que no dañen el derecho de usufructo, como serían las que asegurasen la conservación del fundo en las condiciones que no puede alterar el usufructuario; por ejemplo, la de no construír o de construír sólo hasta una cierta altura; y con el consentimiento del usufructuario, podrá también establecer las que disminuyen su disfrute; pero el propietario no podría volver contra sus propios actos y dificultar el ejercicio de una servidumbre concedida por él, para proteger lo que no redunde en su interés, sino en el del usufructuario, y éste no atienda, a menos que el interés suyo esté determinado en forma que el ejercicio de la servidumbre base de la concesión cause al usufructuario un perjuicio de que deba responder el autor de la concesión. Asimismo es libre el partícipe en la nuda propiedad de acudir a la división con los otros partícipes, según hemos dicho en el capítulo anterior; hay que rechazar que en caso alguno la existencia del usufructuario impida el ejercicio de la facultad recíproca de disolver la comunidad, aunque la disolución habrá que realizarla de suerte que deje a salvo el usufructo (b). En los anteriores capítulos, he examinado ampliamente, y por ello no necesito más que hacer la cita, cómo las facultades sobre la cosa o sobre el derecho usufructuado quedan mermadas en cuanto al propietario por la existencia misma del usufructo; también se ha dicho ya que en el patrimonio del propietario los derechos correlativos a las obligaciones del usufructuario vienen a sustituír a las facultades de que se ve privado; sirvan de ejemplo de tales deberes los de inventariar, afianzar, conservar la sustancia, custodiar y contribuír a la conservación y a las cargas.

Hemos visto también que el propietario, en su cualidad de tal, no tiene obligación alguna para con el usufructuario; ni siquiera, en particular, la de sostener aquellos gastos de reparación que le impone la ley como cargas que pesan sobre la propiedad. El precepto contenido en el comienzo del artículo 495 (c), que no puede, en manera alguna, perjudicar los derechos del usufructuario, no estatuye una obligación especial del propietario, sino que, afirmando

(a) [Art. 595 del Cód. esp.]
(b) [V. art. 490, párr. 2.° del Cód. esp.]
(c) [Cfr. art. 489 del Cód. esp.]

una obligación impuesta a todos los miembros de la comunidad social con respecto al derecho real de usufructo, viene únicamente a señalar la forma en que el usufructo limita la propiedad.

Nos queda por examinar aquí sólo un punto: el de saber si durante el usufructo puede lícitamente el propietario desplegar cualquier actividad sobre la cosa suya y si hay diferencia o no entre su posición frente a ella y la que tendría un extraño. Un fragmento de POMPONIO le permite ejercer actos de custodia contra la voluntad del usufructuario (1); pero el interés que tiene el propietario en que se respeten los linderos del fundo y que cita POMPONIO, está protegido por la fianza y la responsabilidad del usufructuario; si hubiese de tomarse esto como fundamento de una intromisión del propietario en la custodia, vendrían con ello otras muchas consecuencias que aminorarían la plena libertad del usufructario en aquella esfera de acción propia y peculiar suya de que goza por el reconocimiento de su derecho a disfrutar como dueño. De ahí que ya los escritores de Derecho común (2), ateniéndose a la aludida decisión por haberla recogido el Digesto, rehusaran ver en ella la expresión de un principio general y la interpretaran más restrictivamente; y de ahí también que hoy carezca de valor en nuestro Derecho (3). Hay un caso, sin embargo, en que debe permitirse la intromisión al nudo propietario: cuando se trate de ejecutar reparaciones extraordinarias, de realizar los gastos precisos para la conservación de la cosa y el usufructuario no quiera anticipar el importe; y ello, aunque la ejecución de esas obras disminuya temporalmente el disfrute del usufructuario (4). Pero esto no se debe ampliar a la ejecución de obras, que aun siendo útiles, no sean necesarias para conservar el *statu quo,* ni siquiera cuando con ellas apenas se perturbe, o no se perturbe nada el dicho goce por parte de este último (5) (a).

---

(1) Mediante un *saltuario* (guarda rural) o un *insulario* (portero): POMP., 16, § 1, *de usu,* VII, 8.

(2) ELVERS, § 51, n. *d.*

(3) LAURENT, VIII, 39.

(4) V., más atrás, p. 546.

(5) PROUDHON, 875, reconoce siempre en el nudo propietario la facultad de hacer construcciones nuevas para satisfacer necesidades de la finca. En contra, LAURENT, VII, 40.

(a) [El Cód. esp. se separa en este punto del italiano y de la generalidad de los extranjeros, pues siguiendo al portugués establece que «el propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o

No puede resolverse en abstracto, por ser cuestión interpretativa, si en las cláusulas del título constitutivo cabe reservar al propietario un uso especial de la cosa prohibiéndolo al usufructuario. En la duda debe contestarse negativamente, porque aunque el usufructuario deba abstenerse de disfrutar de una cierta forma, no por eso es menos dueño de excluír de ella a todos los demás. Habrá que contestar afirmativamente cuando la abstención no se funde en una protección especial de la conservación de la cosa en determinada condición; pero carece de motivo si no implica la adjudicación a otro de la utilidad de que se priva al usufructuario.

Está prohibido al dueño el uso que se concreta a apropiarse partes de la cosa usufructuada, aun respecto a aquellas partes que separándose carecen de la categoría de frutos, y por ello no pertenecen al usufructuario. Así que hay que negar en general derecho al dueño para cortar árboles maderables o bosques, aun cuando no estén destinados a la producción de maderas; o que pueda cortarlos a pesar de que el usufructuario no obtenga de ellos utilidad alguna, o la obtenga muy pequeña; y esto, aunque ofrezca al usufructuario satisfacer los intereses de la cantidad que la venta le produjese; porque ello implicaría una transformación del objeto del usufructo que no es admisible sin que concurra la voluntad del usufructuario; a menos que se aconsejara la medida en tesis de buena administración y atendida la vejez de los árboles. El derecho que tiene el propietario de utilizar el solar y los materiales del edificio derruído para construír uno nuevo, si bien implica una transformación voluntaria, no lo es del objeto originario del usufructo, sino del que ha venido a serlo de modo imprevisto por el derrumbamiento; y no es susceptible de aplicar por analogía al caso expuesto, aun cuando los preceptos que protegen la conservación del monte y de los árboles que no tienen como finalidad procurar renta en madera, prohibiendo al usufructuario cortarlos, hubieran podido desenvolverse y autorizar al propietario a hacerlo a condición de dar participación al usufructuario en la utilidad obtenida (1). Únicamente los árboles no frutales derribados o tronchados por accidente y que el usufructuario no utiliza para las reparaciones a que está obligado, son los que corresponden al propietario; y ello porque independientemente

---

nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuído el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario (art. 503).]

(1) V., más atrás, p. 326.

de la voluntad se separan del fundo y adquieren existencia por sí, sin tener carácter de frutos que pueda apropiarse el usufructuario. También es posible por otra parte que el propietario corte árboles para realizar las reparaciones que están a su cargo, en justa correspondencia con el principio excepcional que permite al usufructuario utilizarlos, desde luego, para las reparaciones que son de su cuenta (1).

En otros respectos también constituye un obstáculo la existencia del usufructo para que el dueño obtenga de la cosa utilidades que se niegan al mismo usufructuario: esto ocurre con las minas que legalmente puede explotar el propietario y que no hayan sido descubiertas y laboreadas antes de comenzar el usufructo. Pero sólo en cuanto acarreen una dificultad cualquiera al goce del usufructuario; por eso en las minas cuya explotación reserva la ley al propietario y son laborables por galerías, no a cielo abierto, subsisten intactas las facultades del dueño, no obstante la existencia del usufructo. En cuanto a la extracción de materiales (arena, chinarro, piedras) para las reparaciones de cargo del propietario, no puede hacerse si están explotadas por el usufructuario, atendido a que el propietario cumpliría obligaciones suyas apropiándose frutos ajenos; y si no lo están, porque turbaría los varios aprovechamientos que puede hacer el usufructuario en aquella parte del fundo, y en armonía con el principio expuesto (2) de que semejante facultad no pertenece al usufructuario para aquellas reparaciones que está obligado a hacer por su cuenta.

Hay además que advertir que si cabe prohibir al propietario una actividad cualquiera sobre el fundo usufructuado, cuando a pesar de ello la haya ejercido arbitrariamente no puede aplicarse otra sanción que la de obligarle a resarcir los daños; y que, a diferencia de lo dicho del usufructuario respecto al propietario, en las modificaciones ventajosas y obras que realice para aumentar la utilidad del fundo no contrae ni se concibe que pueda contraer responsabilidad alguna (3).

Por último, es inadmisible que para la utilización de los fundos vecinos de que disfrute el nudo propietario pueda, en cualquiera forma, limitar la libertad del fundo usufructuado con restricciones que no hayan sido creadas antes de constituirse el usufructo, por

(1) V., más arriba, p. 329.

(2) V., más atrás, p. 548.

(3) Cfr. POMP., 2, *si usufr. pet.*, VII, 6.

destinación de los fundos el uno al servicio del otro (1); especialmente que pueda imponer la servidumbre de paso sobre el fundo usufructuado a beneficio del propio, salvo el caso en que el extraño pudiera exigir forzosamente dicho paso, y aun así a condición de indemnizar al usufructuario (2).

---

(1) El derecho reconocido en las fuentes (PAULO, 80, *de us.*, VII, 1) de elevar el edificio cuya plena propiedad se tiene, privando en parte de luces al edificio contiguo, concedido en usufructo, no es derecho derivado de la nuda propiedad. Es ilimitada la facultad que para elevar tiene el vecino extraño cuando el edificio no esté protegido por una *servitus ne luminibus officiatur*. No influye que el vecino sea nudo propietario, sino la circunstancia de que sea heredero del constituyente del usufructo, para obligarlo a moderar el ejercicio *ut non in totum aedes obscurentur*.

(2) En contra, PROUDHON, n. 877.

LIBRO IV

EL USUFRUCTO COMO ELEMENTO PATRIMONIAL DEL USUFRUCTUARIO

SUMARIO: 353. Objeto del presente libro.—354. Transmisión del derecho y transmisión de su ejercicio.—355. Cesión del usufructo en Derecho romano.—356. Enajenabilidad del usufructo en el Derecho vigente.—357. Cesión del usufructo y constitución de derechos sobre el usufructo.—358. Efectos de la cesión del usufructo sobre las obligaciones del usufructuario.—359. Cesión del usufructo al propietario y renuncia liberatoria.—360. Renuncia parcial.—361. Inadmisibilidad de la renuncia y de la cesión del usufructo legal.—362. Derechos de los acreedores del usufructuario.—363. Las obligaciones del usufructuario para con el propietario en el concurso de créditos.—364. Derechos de los acreedores del usufructuario legal.—365. Disponibilidad de los productos del usufructo legal y de los bienes dotales según la doctrina y la jurisprudencia.—366. Valoración del usufructo.

353. Puede indudablemente el usufructuario dar participación a otro de las utilidades que obtiene de su derecho, y de esta utilidad pueden indudablemente beneficiarse sus acreedores. Ahora bien; ¿en forma que ejerciten otros en su nombre el derecho, permaneciendo éste en su patrimonio, o saliendo el mencionado derecho fuera ya de su patrimonio por haberse atribuído el mismo a otra persona? Esta es la investigación fundamental objeto del presente libro, que conduce a reafirmar la enajenabilidad del usufructo, y se completa con la determinación del carácter que tiene la renuncia al mismo. Después estudiaré cuáles sean los derechos de los acreedores del usufructuario mientras que esté en su patrimonio el usufructo, y cuáles sean los derechos de los acreedores sobre el usufructo legal que no puede salir del patrimonio de los padres. Y como complemento de las investigaciones sobre el usufructo en concepto de elemento patrimonial, me ocuparé, por último, de la valoración del referido derecho.

354. La doctrina dominante entre los escritores de Derecho común, reproducida por una parte de los comentaristas del Código francés y del nuestro, niega la transmisibilidad del usufructo y sólo admite que pueda transmitirse su ejercicio. Esto está en completa contradicción con la transmisibilidad del derecho únicamente (1) si se interpreta que a causa de la cesión está obligado personalmente el usufructuario a consentir que otro, en su interés propio, pero como representante suyo, ejercite la actividad que consiente su derecho (2). Entendida así, *la cesión del ejercicio procura al cesionario un derecho de crédito contra el usufructuario desprovisto de toda garantía:* el cesionario ha de someterse a los principios que rigen la obligación de cooperar o contribuír y está expuesto a ver reducidas las utilidades a que aspiraba con la cesión (utilidades que puede haber pagado en su precio) por las reclamaciones que presenten contra el usufructuario cuantos eran sus acreedores antes o lo sean después. A la cesión del ejercicio de un derecho de usufructo no puede trasladarse el régimen legal del arrendamiento, en que está protegido el interés del arrendatario, pues puede exigir el cumplimiento en forma específica de la obligación de entregarle el disfrute; esta tutela tiene por condición que el disfrute se entregue mediante el pago continuado de una merced adecuada, con la que los otros acreedores pueden hallar medio de que se les atienda. Cierto que el acreedor del usufructuario encuentra en la posesión en que el cesionario se halla del ejercicio del disfrute, el obstáculo mismo

(1) Veremos en el número siguiente que puede tener otro significado.

(2) En primer lugar, la actividad encominada a obtener las utilidades para cuyo disfrute se ha atribuído el usufructo: usar, recoger o percibir los frutos, cobrar los intereses. Pero también es actividad asegurada por el citado derecho aquella con que se ejercita éste: reinvindicar, oponerse a la reivindicación, reclamar las prestaciones adeudadas. Conceptualmente, los actos de la primera categoría constituyen *ejercicio del derecho,* no en cuanto son manifestación de la voluntad para obtener utilidades, sino en cuanto constituyen la manifestación de una voluntad de imperio sobre la conducta ajena; cfr. WINDSCHEID, § 125, § 149, n. 5 y § 163, n. 6; THON, *Rechtsnorm,* p. 288; BRINZ, § 181, nn. 13, 25, y REGELSBERGER, § 54. Al hablar del ejercicio del usufructo se piensa principalmente en los actos de la primera clase, como a ellos se refiere también el régimen para el ejercicio de la servidumbre, arts. 639 y ss. Los actos de la segunda categoría, la defensa activa y pasiva del derecho en que se concreta el ejercicio del mismo por parte de los acreedores (v. el n. 362), se le autorizan también, pero accesoriamente y como una consecuencia, al cesionario del ejercicio del usufructo.

que encuentra el acreedor del arrendatario; ni uno ni otro pueden embargar los frutos pendientes, no porque antes de la separación hayan advenido éstos propiedad, respectivamente, del cesionario y del arrendatario, sino porque, como el propio usufructuario y el arrendador, tampoco ellos pueden arbitrariamente privar al cesionario o al arrendatario de la posesión de la cosa e impedirles que adquieran la propiedad de los frutos, atribuídos a los mismos en el contrato de arrendamiento o de cesión del ejercicio, a condición de que la separación se haga mientras poseen (1). Ni los acreedores del usufructuario que ceda el ejercicio, ni los del arrendador, tienen, como tampoco lo tiene la persona de quien traen causa, derecho a obligar al cesionario o arrendatario a renunciar a la posesión y a permitir que aumente su activo con los frutos. Por otra parte, los

(1) Sobre esto no hay duda alguna; como no la hay de que los acreedores del arrendador carecen de derecho para privar de los frutos al arrendatario. Pero ¿cómo justificarlo si el arrendatario carece de derecho sobre la cosa y sólo tiene un derecho personal respecto al arrendador, de modo que adquiere los frutos a título derivativo? Esta adquisición no es perfecta desde luego en el momento en que el arrendamiento se celebra y antes de que los frutos existan como cosas independientes y susceptibles de propiedad. Si la voluntad manifestada en el instante de celebrarse el contrato no persiste hasta el segundo momento, cabe pensar en que el arrendador infringe la obligación contraída de transmitir la propiedad de los frutos, siendo por ello responsable para el arrendatario, pero impidiendo mientras tanto la eficacia de la transmisión. Así lo resuelven las fuentes para la venta de la piedra que ha de extraerse de las canteras, y para el arrendamiento mismo de éstas: *si quis a me emerat sive mercede conduxerat ut paterer eum (saxum) sibi jure eximere, si antequam eximat me paenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur cum eximitur domini voluntate:* ULP., 6, *de donat.*, XXXIX, 5. Pero desconozco resoluciones análogas relativas al caso del arrendamiento en que el arrendatario adquiera la tenencia y creo que independientemente de la protección posesoria que el Derecho romano no otorgaba al arrendatario, como lo hace el nuestro, puede negarse la eficacia de semejante cambio de voluntad construyendo el arrendamiento como si llevara consigo la transmisión de la propiedad de los frutos, bajo la condición de que los perciba el arrendatario. Con la construcción de la transmisión condicionada, se protege el percibo por el arrendatario contra los acreedores del arrendador; si el propietario arrendador conservase, después de arrendar, facultad para impedir la eficacia del arriendo, participarían de ella sus acreedores y entrarían los frutos mismos a formar parte de la masa, y de ésta se sacaría para hacer frente a los derechos del arrendatario privado de la percepción, pero concurriendo dicho arrendatario con los aludidos acreedores.

acreedores del arrendador tienen en la merced adeudada un sustitutivo de los frutos contra el cual pueden dirigirse; cosa que no tienen los acreedores del usufructuario que haya donado o enajenado el ejercicio de su derecho.

Por ello, antes que para los acreedores del arrendatario, surge para los acreedores del usufructuario la necesidad de ejercer la acción ejecutiva, dirigiéndose contra el derecho mismo que procura los frutos; y entonces aparece la diferencia profunda que hay entre la posición jurídica del cesionario del ejercicio y la del arrendatario. Con la venta, los acreedores del arrendador realizan el valor de la cosa arrendada, que comprende el de las contraprestaciones debidas mientras dura el arrendamiento; el arrendamiento se mantiene si se contrató mediante un equivalente adecuado (C. P. c., artículo 687) y el arrendatario continúa en el goce que le corresponde. Los acreedores del usufructuario no pueden realizar el valor del usufructo más que destruyendo los efectos de la cesión del ejercicio realizada por su autor; el cesionario no puede continuar actuando, y en virtud de la privación sufrida se le reconoce una acción en concurrencia con todas las demás de los acreedores. Supuesta la premisa de la doctrina indicada, y no creyendo posible ninguna otra manera de realizar el valor del usufructo más que con la cesión de su ejercicio, llégase a esta consecuencia singular: los acreedores del usufructuario no efectúan otra cosa que una nueva cesión de ejercicio, pero el nuevo cesionario tampoco adquiere una posición distinta de la que tenía el anterior; también queda expuesto a verse privado del disfrute si antiguos o nuevos acreedores del usufructuario tratan de que se les pague con el valor de su derecho. Esta posición tan precaria bien se ve lo lejos que está de permitir que los acreedores anteriores obtengan un valor correspondiente a cuantas utilidades puede procurar el usufructo. Únase a esto que el cesionario del ejercicio no está asegurado contra la privación que pueda resultar de una extinción prematura del usufructo a virtud de una renuncia; y no tiene otro remedio que el de acudir a la impugnación de ella como fraudulenta cuando el usufructuario no tenga medio de indemnizarle el daño, y si la renuncia se pactó mediante un precio entregado por el propietario, cuando éste mismo haya participado en el fraude que aquélla encierra.

Las consideraciones expuestas bastan para condenar *a priori* la tesis indicada. Antes de atender al tenor de la ley y de acudir a la historia de la institución, debe mirarse como imposible que un derecho de la importancia económica del usufructo, que está reco-

nocido que puede constituirse por actos *inter vivos* y a título oneroso, cuya constitución más antigua y corriente es la testamentaria, apta además para satisfacer los más variados intereses, y que por la acción conjunta de la voluntad privada y de la ley se ha extendido tanto; se pueda, si no sustraer por completo al cambio, darle la imperfecta forma de cambio descrita, o sea la cesión del ejercicio, que tanto reduce su valor por lo incierta que resulta la posición así asignada al cesionario.

Contra aquella tesis es decisiva totalmente la circunstancia de que reconozca la aptitud del usufructo de inmuebles para ser objeto de hipoteca, el texto expreso del apartado 2.° del artículo 1.967 (a). Cabe dar a la letra del artículo 492, si así se quiere, predominio sobre la del artículo 1.967, y afirmar que, como el primero reconoce sólo la cesión del ejercicio del usufructo (b), el segundo no hace nada más que admitir la susceptibilidad de la hipoteca sobre el ejercicio y no sobre el derecho mismo; pero si a este ente verbal del *ejercicio del usufructo* se le quiere considerar como objeto susceptible de hipoteca, hay que señalar a qué entidad jurídica corresponde; y si esta determinación se hace atribuyendo a la cesión del ejercicio el valor de la constitución de un derecho de obligación contra el usufructuario, se llega a un verdadero absurdo suponiendo objeto de hipoteca el ejercicio del usufructo (1); y es realmente un absurdo, *porque el acreedor del usufructuario no lograría con la hipoteca sobre el usufructo más que la posibilidad de constituír lo que ya tiene, un derecho de obligación contra su mismo deudor* (2).

355. Es muy probable que el antiguo Derecho romano no conociese otra cesión de ejercicio que la cesión del derecho de usufructo. La función única originaria del usufructo era la de conciliar el interés de la familia en conservar dentro de ella un patrimonio, con el interés de aquel individuo de la misma que había de participar en

---

(a) [Art. 107, núm. 2.° de la ley Hip.]

(b) [En Derecho español no existe el problema ni la antinomia que el autor plantea, pues el art. 479 del Código autoriza al usufructuario para enajenar su derecho mismo de usufructo.]

(1) Absurdo conceptual, como pruebo en el texto; y no he de agregar que la hipoteca de los derechos de obligación y la de cosas muebles es incongruente con nuestro sistema legislativo, porque los títulos de la Deuda del Estado se han declarado susceptibles de hipoteca.

(2) Cfr. ELVERS, *Servitutenl.*, p. 237.

el disfrute aun cuando no contribuyera a las cargas familiares. Queda la propiedad en la familia y se atribuye el usufructo a algún individuo (como la viuda, la hija o el liberto); y se le reconoce tal derecho para asegurar la subsistencia de esta persona; el término de la adjudicación coincide con el de la persona sujeto del derecho. Y consecuencia necesaria de ello debía ser, no sólo la intransmisibilidad hereditaria, sino la imposibilidad de ceder el usufructo y la misma imposibilidad de hacerlo de su ejercicio, por la propia razón que hoy impide ceder las deudas alimenticias. Si el usufructuario podía privarse de la facultad de gozar de la cosa, y en efecto se privaba de ella enajenando su derecho o contrayendo una obligación personal, podía hacer que recayera sobre la familia la carga de la propia subsistencia, en tanto que otro se beneficiaba de los productos del patrimonio familiar. Este peligro no desaparecía porque la renuncia al goce directo en una u otra forma jurídica se hiciera mediante un equivalente, un precio, porque este podía consumirse y porque, admitido el principio de la renuncia, cabría hacer ésta sin equivalente o precio. Hubiera existido necesidad forzosamente de recurrir a la cesión del ejercicio, no obstante los peligros que lleva consigo, si los bienes adjudicados en disfrute eran susceptibles de utilizarse únicamente mediante el cambio, como nuestras casas de alquiler; pero en aquella fase del progreso jurídico, los bienes sobre que se constituía principalmente el usufructo eran los susceptibles de disfrute directo por parte del usufructuario, como las fincas rústicas, con su dotación de animales y de siervos (1).

Más tarde, cambia la función del usufructo, y se utiliza como instrumento para fines diversos la división temporal del disfrute y la propiedad; se constituye en testamento el usufructo a favor de extraños, se dona, se entrega en dote, se vende para obtener anticipadamente el valor de los productos futuros. A este cambio de funciones, que hace de una institución alimenticia una institución económica, debió lógicamente seguir la transmisibilidad del usufructo. Pero la lógica no gobierna el desarrollo del Derecho y sus normas sobreviven a las condiciones que les dieron vida. Cuando se experimentó la necesidad de separar el usufructo, de su titular, con la extensión e intensidad que le da el acto constitutivo, no se ha encontrado forma adecuada para conseguirlo. El organismo técnico dis-

(1) Resumo en este apartado las excelentes observaciones de BLUME, *d. Uebertrag. d. Niessbr.* en los *Jahrb. f. Dogm.*, t. XXXIV, ps. 286-288.

puesto *ab antiquo* para transmitir la propiedad, podía ser útil para la constitución, pero no para la transmisión del usufructo con arreglo a los nuevos fines. Como la confesión de no ser propietario prestada ante el Magistrado, impedía al confesante toda futura deducción de demanda reivindicatoria, y por eso se empleaba para asegurar la posición jurídica de aquel a quien se quería transmitir la propiedad y que la suscitaba mediante una reivindicación ficticia, así podía confesarse que la propiedad estaba limitada por un usufructo, tras de una reivindicación ficticia del usufructo mismo, deducida por aquel a cuyo favor se quería constituír este último. En abstracto era posible siempre que el anterior propietario hubiese efectivamente instituído en su testamento un usufructuario; y por eso se acudía al presupuesto necesario de la reivindicación ficticia utilizada como instrumento de la constitución del usufructo *inter vivos;* y se realizaba exclusivamente con la fórmula de la *in jure cessio* (1). No existía, en cambio, la posibilidad de que el investido del usufructo hubiese dispuesto en testamento del derecho unido a su vida y por ello faltaba el presupuesto de la reivindicación ficticia para utilizarlo como medio transmisor del usufructo. La reivindicación no podía comprender más que la afirmación de que el reivindicante estaba investido de un usufructo mediante la constitución realizada a su favor; por consiguiente, de un usufructo distinto de aquel que ejercitaba la persona contra quien era intentada la reivindicación, y que al ser llamada a reconocer el fundamento de ésta, y confesar que no era usufructuaria, habría hecho una afirmación completamente incongruente con la del actor. Ni para equiparar el derecho presuntamente reivindicado al que efectivamente se quería transferir, hubiera bastado que el reivindicante ficticio afirmase le correspondía un usufructo limitado a la duración de la vida de aquel contra quien se proponía la reivindicación ficticia; siempre hubiera afirmado la pertenencia de un derecho de duración doblemente limitada (por la propia vida y por la del otro), cuando el derecho que se quería efectivamente transmitir tenía una duración independiente de la vida del reivindicante ficticio. A lo que ha de añadirse, que para conservar al derecho reivindicado ficticiamente la amplitud que en realidad tenía a tenor del título constitutivo, hubiera debido preverse la eventualidad de que cesase anticipadamente mediante la *capitis deminutio* del *in jure cedens,* y, por tanto, sujetar la *in jure cessio,* que tenía forma de sentencia pro-

(1) *Ususfructus in jure cessionem tantum recepit:* GAYO, I, III, § 30.

nunciada después de la reivindicación y la confesión, a una condición incompatible con la índole del fallo mismo (1).

La dificultad indicada, se ha presentado antes que en ningún otro caso en el de dote constituída mediante un usufructo: ¿cómo había de restituirla el marido después de divorciados los cónyuges? Indudablemente el marido a quien se había entregado el usufructo a título de dote, después de disuelto el matrimonio no podía conservar los beneficios económicos de aquélla; pero no podía tampoco acudir a la *in jure cessio* para transmitirlo a la mujer, reconociéndola judicialmente investida de su propio usufructo (2); para esquivar la dificultad se acudió a un expediente: el marido arrienda o vende a la mujer el mismo usufructo, con una venta o arrendamiento sin precio serio *(nummo uno)*; y a consecuencia de estos contratos, aun cuando queda en el marido el derecho de usufructo, a la mujer corresponde percibir los frutos (3).

---

(1) Cfr. ELVERS, ps. 228 y ss.

(2) POMP., 66, *de j. dot.*, XXIII, 3. Cierto que en éste como en los otros pasajes del Digesto en los que se trata de *cessio* y de *cedere* hablaban los textos originales de *in jure cedere*. POMPONIO resuelve que si se acude a la *in jure cessio* del usufructo a un extraño *nihil ad eum transire, sed ad dominun proprietatis reversurum usum fructum*. Esta *reversio* la explican algunos (como JANUS A COSTA, § 3, J. *de us.*, cit. por ELVERS, p. 234, y otros muchos) como la *reversio* futura, en caso de muerte o de *capitis deminutio* del *in jure cedens*. POMPONIO hubiera creído únicamente que la transmisión carecía de eficacia para evitar la extinción anticipada debida a la *capitis deminutio* del *cedens*. Pero no se comprende que el *nihil transire* signifique privación de un efecto que, de todas suertes, no había de producirse por la transmisión de un derecho, determinado en su extensión por el título que lo atribuyó al enajenante. Alguno (como PUGGÉ en *Rheinisches Mus.*, citado por BLUME, *loc. cit.*, p. 303) cree, en cambio, que en la *confessio in jure* del cedente en la que manifieste no ser usufructuario, podían verse según POMPONIO dos declaraciones separadas: no soy usufructuario; lo eres tú; que la primera podía y debía surtir su efecto, utilizable por el propietario para asegurar inmediatamente la libertad de la cosa, independientemente de la segunda. Esta interpretación atribuída a POMPONIO hace pareja con la dada por CELSO, 18, § 1, *de a. vel omitt. poss.*, XLI, 2, a la tradición hecha al furioso, la cual contiene la voluntad de abandonar la posesión, aun cuando no pueda lograrse el propósito correspondiente de hacer que la adquiera el loco. Y esta interpretación responde a una concepción más antigua y formularia, reprobada por GAYO, I, II, 30 y por JUSTINIANO, § 3, I, *de us.*, II, 4, según los cuales la cesión del usufructo a un extraño no produce aquel efecto indirecto, es decir, no determina la consolidación del pleno dominio.

(3) POMP., *loc. cit.* PAULO, 15, *fam. erc.*, X, 2, confirma que el de-

La venta no creaba más que un vínculo obligatorio suficiente para justificar la protección al adquirente, bien contra el usufructuario vendedor mismo, o contra aquellos a quienes posteriormente vendiese o cediese el disfrute por otro título (la protección de la *exceptio doli* en la figura de la *exceptio rei venditæ et traditæ)*, bien fuese contra el propietario, como protección delegada por el cedente. A esta doble forma de protección, ya dispuesta en el Derecho anterior, se refiere PAPINIANO, con lo cual afirma que el usufructuario puede dar el usufructo en prenda o hipoteca (1). Pero semejante defensa no bastaba a dar contenido jurídico a la constitución de la prenda o de la hipoteca sobre el usufructo. Admitida en las fuentes la constitución de la prenda antes que la de la hipoteca, de ella quedaron excluídos los frutos futuros, capaces de formar objeto de esta última, pero no de la prenda; y establecida la distinción clara entre la misma hipoteca sobre el usufructo, y sobre los frutos que haya de percibir el usufructuario (2), resulta del texto de Papiniano que el acreedor hipotecario estaba protegido en el ejercicio del usufructo, en el *uti frui*. Ahora bien, si en el valor de ese derecho era donde iba comprendida la protección del acreedor, ¿de qué se derivaba su eficacia jurídica? El acreedor hipotecario debía estar dotado de un medio para obtener la posesión de lo que constituía el objeto de la hipoteca a fin de realizar su valor; y si se sostiene que este medio no puede ser otro que la acción confesoria, para cuyo ejercicio tuviese un mandato en representación del deudor (3), aun concediendo que frente al usufructuario mismo tuviese otra acción fundada en la obligación asumida por él, no se explica cómo su posición venga a ser independiente de la que tuvieran los otros acreedores del usufructuario; así, pues, hay que reconocer forzosamente que el acreedor hipotecario disponía de ex-

---

recho de usufructo no puede separarse de la persona del usufructuario.

(1) El texto de MARC., 11, § 2, *de pignor.*, XX, 1, recordado en otro lugar, dice así: *Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usum fructum habet, et scribit Papinianus si velit cum creditore proprietarius agere «non esse ei ius uti frui invito se», tali exceptione eum praetor tuebitur: «si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit»; nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.*

(2) GAYO, 15, pr. *de pign.*, XX, 1.

(3) Así, ARNDTS, *Civilist. Schrift.*, I, 18.

cepción y acción a causa de un derecho propio (1). Pero si el usufructuario puede constituír sobre su derecho otro de prenda o de hipoteca, también la transmisión de él puede engendrar inmediatamente un derecho con vida propia, y no habrá enajenación, sino una sucesión constitutiva (2). Pretenden otros fijar la naturaleza de este usufructo y lo consideran como un usufructo nuevo constituído por el usufructuario (3). Otros, por último, creen que ya en el Derecho justinianeo se había realizado la evolución que hubo de conducir desde el reconocimiento de la cesión con efecto obligatorio, al de la enajenación del usufructo (4).

La opinión última está impugnada en las claras resoluciones invocadas, que niegan la posibilidad de separar el usufructo de la persona del usufructuario; contradice también las decisiones en las que el adquirente y el donatario del usufructo son considerados como representantes del usufructuario en cuanto al uso de la cosa (5); contradice, finalmente, las resoluciones que niegan efecto ex-

---

(1) WINDSCHEID, § 205, n. 4, 239, n. 2.

(2) BLUME, *loc. cit.*

(3) Esta es la teoría de HAASE en los *Jahrb. f. Dogm.*, t. XXXVI, ps. 1 y ss. Nada agrega éste a la monografía de BLUME; pretende hacer injustamente suya la idea de la sucesión constitutiva, ya expuesta antes por BLUME en discrepancia con ELVERS, que reconoce la existencia de una verdadera y propia transmisión. HAASE, al elegir esa fórmula, harto arbitrariamente y contra el fin económico que guía la cesión del usufructo, se ve obligado a deducir que el nuevo usufructo del cesionario se extinguía con la muerte de éste, ya que el Derecho romano no hubo de reconocer la posibilidad de la constitución de un usufructo hereditario.

(4) ELVERS, § 27. Éste busca apoyo a su tesis en otros textos que, con justicia, se han calificado de inaplicables. Así, GAYO, 29, *de us. leg.*, XXXIII, 2, resuelve que, cuando el usufructuario está encargado de restituír el usufructo que se le legó, puede el Pretor asegurar el derecho del fideicomisario, reconociéndole investido de un usufructo que no se extingue por causa de muerte ni por *capitis deminutio* del fiduciario, como sucedería en Derecho civil. No es ésta una transmisión pretoria del usufructo del fiduciario, sino constitución pretoria de un derecho independiente del del fiduciario. MARCIANO, 57, *sol. matr.*, XXIV, 3, al ocuparse de la restitución del usufructo constituído en dote, pretende que, prestando caución, pueda renunciar el marido en beneficio de la mujer a su derecho, *sic ut potest* y tolere que disfrute ésta. *Sic ut potest*, quiere decir «en cuanto puede»; la imposibilidad de transmitir el usufructo aparece de la continuación del mismo pasaje, puesto que para asignar a la mujer el usufructo se requiere la voluntad del propietario.

(5) MARCIANO, 38, 40, *de us.*, VII, 1; v., más adelante, nota 1 de la p. 676.

tintivo del usufructo a la venta de éste hecha al propietario (1). Ni es admisible la hipótesis de que la cesión con eficacia real, nacida como un desenvolvimiento de la cesión con efectos obligacionales, haya conservado junto a sí a esta última; y que a ésta sea a la que se alude al hablar de una *emptio ususfructus*, sin hacer aclaración, cuando en el texto capital de Papiniano al *emptor* se le asigna una protección real. Es posible el desarrollo de una y otra forma y es posible también la persistencia de ambas; pero si se afirma que en el Derecho postclásico se había llegado a reconocer la constitución del usufructo y la servidumbre mediante una simple convención (2), debe lógicamente admitirse que fué necesario reconocer también la eficacia real de la cesión. Si, en cambio, se estima, como yo creo, que la convención no tuvo jamás eficacia real y que ésta iba unida al requisito de una *quasi traditio* (3), se debe también dar a la venta eficacia real, siempre que el vendedor hubiese tolerado que el comprador usase y disfrutase de la cosa.

De las construcciones expuestas quedan, por consiguiente, las que reconocen en el cesionario un verdadero derecho real, un derecho distinto de aquel usufructo de que continúa el cedente investido; pero investido en interés de otro: si le corresponde la acción confesoria, la acción confesoria le corresponde como útil al cesionario, quien puede ejercitarla contra el propietario o contra cualquier tercero, y aun contra el mismo cedente para privarle de cuanto se haya procurado ejercitando la confesoria directa; a su vez, el cesionario está amparado con una excepción, cuando el cedente deduzca contra él la repetida acción confesoria. Tan distintos y separados resultan el usufructo y el derecho del cesionario, que se estima retenido el usufructo, cuando haya mediado precio en la cesión, y el cesionario pierda, por no uso, el derecho constituído a su favor. El cedente perdura investido formalmente del usufructo después de la cesión, sea cualquiera la suerte que corra el derecho constituído mediante ella; pero su derecho es un derecho que carece de contenido económico. Para que el usufructuario cedente pueda considerarse en el goce del usufructo, es necesario que lo disfrute, en efecto, el

---

(1) ULPIANO, 29, § 1, *quib. mod.*, VII, 4.

(2) Así precisamente lo admite el mismo ELVERS, § 64: v. para la bibliografía sobre la materia, que no es éste lugar de examinar, WINDSCHEID, § 212, n. 1.

(3) GAYO, 3, *de us.*, VII, 1: *si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui;* v. también 29, *de us. leg.*, cit.

cesionario por cuenta propia, pero en su representación o que, desaparecida la posibilidad de continuar el cesionario en el disfrute, el cedente haya recibido el precio de la cesión (1).

Otros textos hay en las fuentes no menos significativos que los citados para sostener el principio de que con la sucesión del usu-

---

(1) Por lo tanto, después del acto de ceder, no podrá darse por cumplida la condición consistente en subordinar a la pérdida del usufructo una adjudicación distinta en beneficio del usufructuario, ni cuando el cesionario mantenga el disfrute por título gratuito, ni cuando el cesionario por título oneroso lo pierda por desuso. Este es el significado que creo debe darse a las resoluciones de MARCIANO, 38, y de GAYO, 39, *de us.*, VII, 1. Pero no en manera alguna que después de la cesión pueda reivindicar el cedente para sí el disfrute, cuando el cesionario por título oneroso haya interrumpido el uso durante el lapso requerido para determinar en tal caso la extinción del usufructo. Esta es precisamente la interpretación que se da de ordinario a las resoluciones citadas, pero yo no la encuentro ajustada a su tenor (MARCIANO no dice: *si emptor non utatur usum fructum retineo,* sino *videor retinere)* y por eso la considero intrínsecamente injustificable. ¿Cómo reconocer una *retentio solo animo* del usufructo cuando no aparece por parte alguna el vínculo que sujete la cosa al usufructuario y que limite la libertad de la propiedad? (inútil es decir el error de pretender encontrar analogía con la detentación de la posesión de un fundo *animo solo,* frente a la ocupación clandestina; v. WINDSCHEID, § 156, n. 8; el usufructo se retiene aun sobre el esclavo fugitivo que llega a poder de otro; se retiene cuando coincide con el *affectus retinere valentis* el hecho de que el siervo haya realizado alguna negociación *nomine fructuarii:* JUL., *ap.* ULP., 12, § 4, *de us.*, VII, 1). ¿Cómo reconocer que subsiste la condición de falta de libertad de la cosa únicamente porque el interés en que perdure tal falta de libertad se satisfaga con la consecución de un precio por el titular del derecho? Ni ¿qué interés merecedor de protección puede ostentar el usufructuario para reivindicar por sí el goce de un fundo que ha cedido a otro, después que el adquirente ha interrumpido por largo tiempo usar de él, sin que la pérdida que por su actuación experimenta pueda hacerla depender de una responsabilidad contraída por el cedente? ¿Cómo imaginar, por último, que en la cesión a título oneroso se brinde un modo de sustraer completa y definitivamente el usufructo a la extinción por el desuso, que, como todas las prescripciones, es de orden público? Porque (según justamente advierte GENTY, *Usufr.*, 278) tal sería la consecuencia de la interpretación que se da comúnmente a aquellas decisiones: el usufructuario adquiere el precio de la cesión y lo adquiere en propiedad, no puede perderlo por el no uso, y si desde este momento se desinteresara del disfrute de la cosa, ésta quedaría hasta la muerte de él, y en cualquier circunstancia, sometida al usufructo. La interpretación corriente está, pues, en abierta oposición (así lo reconocen WINDSCHEID, § 216, n. 4 y BLUME, *loc. cit.*, p. 318) con la resolución de POMP. *ap.* ULP., 29, *quib. mod.*, VII, 4, por

fructuario se constituye un derecho real autónomo. Es importante la declaración neta de que el usufructo está comprendido en la *venditio bonorum* (1), por la cual al *bonorum emptor* corresponden como acciones útiles cuantas asisten al deudor cuyos bienes se han vendido (2). Más importante todavía es la afirmada *publicatio* de un siervo perteneciente en usufructo al acusado, según la ley *Julia de adulteriis coercendis;* se ha dicho que semejante *publicatio* tiene por finalidad *ut perceptio ususfructus ad publicum incipiat pertinere* (3); pero cuando atendemos a las razones de que salga de poder del particular el esclavo y quede sujeto al Derecho público, que obedecen a asegurar la verdad de su testimonio (4), librándole del temor de hallarse en poder del acusado, tenemos una nueva prueba de que la atribución de la *perceptio usus fructus* no tiene valor de un simple derecho de obligación que exija la entrega de las utilidades del usufructo.

356. El análisis realizado en el número anterior hace innecesario investigar la evolución habida en el Derecho intermedio. La tutela del derecho del cesionario como derecho real (5) proveía amplia-

---

la cual vemos que el usufructuario que encuentra en la merced que le satisface el propietario arrendatario, el sustitutivo del disfrute que la cosa debía prestarle, no queda protegido en manera alguna por ello contra la pérdida de su derecho cuando no exista quien continúe usando de la cosa en su nombre. V. también, más adelante, l. V, n. 376.

(1) ULP., 8 pr. *de reb. auct. jud.*, XLII, 5.

(2) GAYO, I, IV, 35.

(3) ULP., 28, § 5, *ad l. Jul.*, XLVIII, 5.

(4) ULP., *loc. cit.*

(5) BLUME, *loc. cit.*, 315 y ss., quiere demostrar la deficiencia de esta tutela advirtiendo que el derecho del cesionario, como derivado del del cedente, había de quedar sometido a todas las causas de extinción a que lo estaba el derecho de que procedía, y no solamente a la muerte o cumplimiento del término extintivo que originariamente señalasen la extensión del mismo. En buena lógica, y según su opinión, con el acto de transmisión cesaría el uso por parte del usufructuario, y se prepararía la extinción del usufructo y juntamente del derecho derivado del usufructo, aun cuando usara el cesionario. No es cierto. En la cesión va implícita una enajenación de la propiedad de los frutos a condición de que los perciba el cesionario, y por eso el cesionario percibe los frutos en nombre del cedente, sin que con la percepción adquiera su propiedad el usufructuario; usa por su propia cuenta, aunque en nombre del cedente. BLUME cree que el usufructo, como el derecho que se deriva de él, está exento de extinguirse por el no uso, mediante el artificio de considerar que continúa el

mente al interés del cesionario y al del usufructuario en obtener el valor completo de su derecho mediante el cambio. Pero esta tutela no puede coexistir en un mismo sistema jurídico con el principio de la intransmisibilidad: coexiste en el Derecho romano la tutela, porque fué conferida por el Derecho pretorio, con el principio de la intransmisibilidad, que es de Derecho civil. Dentro de la unidad del Derecho moderno no puede reputarse el derecho del cesionario como un usufructo dotado de acción confesoria útil (1), ni hay razón para reconocer la persistencia de un usufructo falto de todo contenido económico en el cedente. La separación de la *perceptio fructuum*, del ejercicio del derecho, no tiene otro sentido que el de constitución de un vínculo meramente obligatorio entre cedente y cesionario. Y según he demostrado, frente a la nueva función que desempeña el usufructo y al reconocimiento expreso de su aptitud para ser hipotecado, no es admisible que el usufructuario carezca de facultades para disponer de su propio derecho más que asumiendo una obligación personal, como ocurrió acaso en una de las fases de su desenvolvimiento histórico, ya superada en la época de la jurisprudencia clásica romana.

El Código de Napoleón formuló claramente el nuevo principio diciendo que el usufructuario puede «incluso vender su derecho o cederlo a título gratuito» (art. 595); la interpretación que da a este texto la doctrina francesa es de importancia secundaria, ya que frente a la gran mayoría que lo toma en su significado literal (2), no falta quien quiera rectificar como inexacta su expresión, afir-

---

uso a virtud de la contraprestación obtenida en la cesión. Según el mismo autor, el rigor lógico del concepto de sucesión constitutiva conduce también a la extinción del derecho creado por el usufructuario cuando se extingue por renuncia o consolidación su propio derecho. Tampoco es cierto esto, ni nadie lo afirma para el caso en que un derecho real de garantía se constituya sobre el usufructo, porque con esta constitución, como con la cesión, que según el Derecho romano no implica enajenación, el usufructuario hace que participen otros del usufructo, quedando impedida respecto a los demás partícipes la eficacia de la consolidación. V. más adelante el l. V, n. 372.

(1) Como servidumbre útil de usufructo, en contraposición a la servidumbre directa que queda en el cedente, la considera GALVANI, *De usufr.*, c. 38, por una trasposición de la palabra *útil* análoga a la que en materia de enfiteusis ha determinado la teoría del dominio doble, directo y útil.

(2) ZACHARIAE, § 227, n. 16; AUBRY y RAU, § 230, n. 58; DEMOLOMBE, X, 362; MARCADÉ, ad art. 595; GENTY, 98; LAURENT, VI, 474; HUC, IV, 207; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Biens*, 540.

mando que la cesión tiene por objeto el ejercicio (1). La discrepancia no es más que aparente, porque éstos pretenden, sobre todo, poner de relieve el principio, indiscutible, de que el usufructo, mediante la cesión, continúa sujeto a extinguirse por la muerte del titular o por el vencimiento del término señalado al constituirlo, y no niegan tampoco que lo adquiera el cesionario como derecho susceptible de hipoteca; en cambio, ni éstos, ni la mayoría, exponen las consecuencias varias de sus tesis opuestas formalmente. En la traducción del Código napoleónico para el Reino de Italia, hubo de modificarse el texto del artículo 595 y decir que el usufructuario puede «vender o ceder *el ejercicio* de su derecho a título gratuito»; ciertamente esta dicción ha ejercido influjo en la redacción del Código Parmense (art. 446), en el Albertino (art. 505) y en el nuestro (art. 492); pero no hay en los trabajos preliminares huella de que se haya querido rectificar el régimen del Código francés; y más aún que la tradición romanista ha contribuído indudablemente al acogimiento de esta fórmula, la idea de que sólo reconociendo la cesión del ejercicio puede quedar fuera de duda la imposibilidad de ampliar la duración del usufructo cedido más allá de la vida del cedente o del plazo asignado para ello en el título constitutivo. Contra las consecuencias que quisieran sacarse de la letra del artículo 492, está la letra misma del 1.413, que en el caso del usufructo constituído en dote, del cual tomó el Derecho romano, como hemos visto, pretexto y ocasión para reglamentar los efectos de la cesión de usufructo, dispone que el marido y sus herederos han de restituír el *derecho de usufructo*, una vez disuelto el matrimonio (2).

Es singularmente instructiva para la interpretación de nuestro

---

(1) DEMANTE, *Progr.*, I, 601; PROUDHON, 894; TOULLIER, II, 312.

(2) Opinan que puede cederse el derecho: PACIFICI-MAZZONI, *Distinz. dei beni*, etc., nn. 431 y ss.; RICCI, II, 153 y ss.; COVIELLO, *Trascrizione*, II, 316; cfr. Cas. Florencia, 14 mayo 1900 *(Temi ven.*, 1900, 387): Apel. Venecia, 15 septiembre 1890 *(eod.*, 582); Apel. Aquila, 17 julio 1908 *(Giurisp. it.*, 1909, 2, 18); reconocen sólo la cesión del ejercicio: CHIRONI, *Istituzioni*, 1, § 161; GIANTURCO, *Istit.*, § 50; BIANCHI, *Ipoteche*, I, 298; DE LUCA, *Brevi considerazioni in tema di ipoteca sull'usufrutto*, Nápoles, 1904; CAMPOGRANDE, *L'incedibilità del diritto di usufrutto (Legge*, 1909, 1.741; 1910, c. 917 y 1.019); pero ninguno afirma claramente que el cesionario adquiera un simple derecho de obligación respecto al cedente, ni ninguno desenvuelve lo que sería lógica consecuencia de semejante tesis. Una sentencia encuentro únicamente que, a pesar de la cesión formalizada, reconoce la titularidad del usufructo en el cedente, y lo considera apto para deducir la acción posesoria o petitoria, a fin de

Derecho vigente la serie de vicisitudes por que ha atravesado el precepto relativo a la cesibilidad del usufructo en la preparación del Código alemán. El primer Proyecto, como el Código francés, autorizaba la cesión del derecho (1). BAEHR, en su crítica del Proyecto (2) manifestaba su opinión de que el usufructo descansa en una relación fiduciaria entre propietario y usufructuario, y por ello no se presta a ser objeto de cambio o base de crédito. Por los representantes de las clases rurales hubo de significarse lo poco oportuno que sería reconocer la posibilidad de enajenación con respecto al usufructo que el ascendiente se reserva, al ceder los bienes a los descendientes, a modo de un derecho personal alimenticio; pues tal enajenación ocasionaría la participación de extraños en lo que, con arreglo al espíritu de la transmisión, debía quedar en el patrimonio familiar. Con razón se hubo de observar que situándose en este punto de vista, habría que haber resucitado el régimen del antiguo Derecho romano, y rechazar tanto la enajenación del usufructo como la del ejercicio con mera eficacia obligatoria (3). En la redacción definitiva se adoptó un criterio intermedio y fué rechazada la transmisión del usufructo y reconocida la del ejercicio (§ 1.059). Pero prescindiendo de las censuras a que se presta la solución adoptada, de conformidad con la misma el § 1.274 niega la constitución de un derecho real de garantía sobre los derechos inalienables. En armonía con las normas del Código francés y del nuestro que reconocen, en cambio, la hipotecabilidad del usufructo, no cabe sostener que el usufructo mismo no sea enajenable.

Una última conclusión se impone: la de que si el usufructuario puede asumir la obligación personal de asegurar a otros el goce de la cosa usufructuada, bien gratuitamente, bien a cambio de un equivalente, ya con un contrato de arrendamiento, ya mediante uno de venta de frutos, e incluso mediante uno que lleve consigo la obligación suya genérica de permitir a otro el uso de la cosa como podría hacerlo él, resulta preciso ver en la cesión del ejercicio no limitada expresamente a la constitución de un vínculo obligatorio, una implícita voluntad de transferir el derecho mismo de usufructo y de procurar al cesionario una protección real. Así también entiende la

---

proteger su derecho: Pretura de Gibellina, 16 noviembre 1878 (*Monitore dei pretori*, 1879, 83.)

(1) § 1.011, v. *Motive*, III, p. 525.

(2) *Archiv v. Bürg. R.*, II, p. 149.

(3) BLUME, *loc. cit.*, p. 525; HAASE, *loc. cit.*, ps. 281 y ss.

cesión del ejercicio la ley del impuesto de Derechos reales, que lo grava con la misma cuota que devenga la constitución del usufructo (1).

357. El que a causa de la cesión del usufructo salga éste del patrimonio del cedente y se convierta el cesionario en usufructuario, ni tiene ni puede producir la consecuencia de que la duración deje de estar determinada por la duración de la vida del cedente (a); por una parte, porque no se concibe transmisión de un derecho mayor o distinto del que posee el cedente; y por otra, atendido que en el título constitutivo se puede señalar como tiempo de duración la vida de una tercera persona. Sin embargo, una singularidad ofrece el usufructo al incorporarse al patrimonio del cesionario, por cuanto que no se extingue necesariamente con su muerte, sino que puede pasar a sus herederos cuando no fallezca antes el titular originario o no transcurra el plazo señalado en el acto constitutivo. Pero esta particularidad no es una falta de lógica (2); al cesionario no se aplica el precepto legal que dispone la extinción del usufructo con la muerte del usufructuario (b) antes de que expire el plazo que se le fijó, porque la finalidad de este precepto es evitar que el constituyente separe el usufructo de la propiedad por mayor tiempo del de la vida humana, y el fin no queda frustrado al prolongarlo más allá de la vida del cesionario, cuando subsiste como plazo inmutable la vida de aquella persona que hubo de tomarse en consideración al constituír el usufructo y que tenía la capacidad de adquirir en el momento en que comienza a producir sus efectos el acto constitutivo. De esta posibilidad de que el usufructo transmitido sobreviva a la muerte del cesionario, deriva la facultad de él de disponer del mismo *mortis causa*. El primitivo usufructuario sólo puede disponer de su derecho por actos *inter vivos*, en concepto de donación, venta (3), dación en pago o constitución de renta vitalicia. Los requisi-

(1) Número 1 de la tarifa.

(a) [Esta solución se tiene por indudable en Derecho español. V. DE BUEN, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. cit., p. 594.]

(2) Como cree CAMPOGRANDE, *loc. cit.*

(b) [La norma a que alude aquí el autor no está admitida unánimemente—como se dirá en las notas al n. 368—por la doctrina patria.]

(3) El carácter traslativo de la cesión implica que tenga por objeto un inmueble cuando se refiere al usufructo inmobiliario, y se infiere de aquí la rescindibilidad por lesión *ultra dimidium* de la venta del usufructo inmobiliario:

tos de esencia y de forma del acto de cesión, varían según la naturaleza del acto mismo y de los bienes objeto del usufructo. Para la cesión *inter vivos*, por cualquier título, del usufructo de inmuebles, se necesita a tenor del número 2.° del artículo 1.314 (a), un documento escrito; y su eficacia respecto a terceros que legalmente hayan adquirido y conservado derechos sobre el usufructo mismo, está subordinada a la transcripción por los artículos 1.932, número 2, y 1.942 (b) (1). La cesión no transcrita es eficaz (frente a quien tenga adquiridos sobre el inmueble gravado con el usufructo derechos que no preponderen sobre los del usufructuario), en el sentido de que el cesionario puede utilizar contra el adquirente cuantos medios de defensa correspondieran a su causante; pero él no puede quejarse si no es citado para comparecer en la ejecución promovida contra su dicho causante o sus acreedores, o contra los acreedores hipotecarios del dueño anterior a la constitución del usufructo, siempre que no haya afirmado con la transcripción de la cesión su cualidad de tercer poseedor, y tampoco puede ser parte en las diligencias de cancelación sin haber transcrito (2). En cambio, se requiere la notifica-

---

Cas. Roma, 16 septiembre 1893 (*C. Supr. R.*, 1893, II, 247), Apel. Aquila, 7 noviembre 1908 (*Foro*, 1909, 29) y Cas. Roma, 7 junio 1909 (*Legge*, 1909, 1.357). En el t. I, p. 427, y siguiendo a TROPLONG y a PACIFICI-MAZZONI, hube de rechazar la rescindibilidad por lesión de la venta de un usufructo inmobiliario.

(a) [Cfr. art. 1.280, n. 1.° del Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 23 de la Ley Hip. esp.]

(1) A la cesión del usufructo sobre inmuebles u otras cosas corporales no se aplican las disposiciones que de la notificación al deudor hacen depender la eficacia de la cesión, aun cuando estén colocadas bajo el epígrafe «de la cesión de créditos y de otros derechos», y por eso no es necesario notificar la cesión al propietario, y entre dos cesiones sucesivas de usufructo inmobiliario surte efectos la primeramente transcrita: Cas. Turín, 19 febrero 1868 (*Gazz. Trib. Genova*, 1868, 2, 100) y Apel. Trani, 19 enero 1877 (*Riv. giur. Trani*, 1877, 172).

(2) En punto a la facultad del cesionario de usufructo para instar la cancelación judicial de la hipoteca inscrita sobre el usufructo antes de la cesión, son de aplicar *a fortiori* las razones aducidas para consentir la cancelación del usufructuario frente a los acreedores inscritos con relación al pleno dominio. V., más atrás, ps. 176-177. Pero MELUCCI, *Sistema ipotecario*, ps. 162, 256, 315, niega el derecho del usufructuario a cancelar, y quiere resueltamente que el acreedor hipotecario pueda instar la ineficacia de la constitución del usufructo respecto a él, como desmembración que es del inmueble que disminuye su valor, y en cambio incluye en el concepto de tercer poseedor al adquirente de

ción al deudor, o su aceptación en escritura pública, para que el cesionario pueda ejercitar su derecho de crédito cuando se trate de cesiones de usufructos constituídos sobre esta clase de bienes (1).

El usufructuario, así como puede enajenar este derecho suyo, puede constituír sobre él otros derechos. El Código reconoce la posibilidad de constituír sobre el usufructo de bienes inmuebles una hipoteca, en el número 2.° del artículo 1.967 (a), que suministra el argumento capital en favor de la enajenabilidad del usufructo, y que implicaría un contrasentido si admitiese la cesión del ejercicio únicamente y, pensando en la constitución de una mera obligación personal entre cedente y cesionario, convirtiera luego este derecho de obligación hacia el cedente en objeto de hipoteca. Hay que advertir en cuanto a la constitución de la hipoteca sobre el usufructo, que según el número 7 del art. 1.987, la inscripción debe indicar la naturaleza de los bienes gravados, y se necesita mencionar, por tanto, el derecho de usufructo que ha de quedar sujeto a la hipoteca, no bastando para señalar el objeto de ésta la designación del inmueble sobre que recaiga el usufructo (2) (b). Así como puede sujetarse a hipoteca el usufructo de bienes inmuebles (3), así también

---

un derecho idéntico al del deudor; por ello reconoce como tercer poseedor, con facultad para pedir la cancelación, al adquirente del usufructo, respecto a los acreedores hipotecarios del usufructuario.

(1) V. el n. 294.

(a) [Cfr. arts. 107, n. 2.°, y 108, n. 2.°, de la Ley Hip. patria.]

(2) Apel. Módena, 20 julio 1881 *(Foro,* 1881, 850); cfr. TROPLONG, *Priv. et hyp.*, II, 669-689.

(b) [Cfr. art. 9.° de nuestra Ley Hip.]

(3) ¿Y sobre el usufructo de los títulos de la Deuda pública? No resuelve la cuestión el art. 1.967, que sólo contiene para todo lo relativo a la hipoteca sobre esta clase de bienes, una referencia a la ley especial; y no rechaza la hipotecabilidad del usufructo el artículo 28 de la Ley de 10 de julio de 1861, prohibitivo de más de un gravamen sobre las inscripciones, fuera del derivado del usufructo, pero no de una relación sobre otra relación de usufructo. El Trib. de Cas. de Turín, 14 enero 1879 *(Giur. Tor.*, 1879, 252), razona de un modo extraño a base del artículo 115 del Reglamento de 8 de octubre de 1870 (que, reconociendo el derecho de hipoteca sobre rentas del Estado gravadas con usufructo, exige el consentimiento del usufructuario cuando los efectos de la hipoteca no estén subordinados a la extinción del usufructo). Y ha declarado que es necesario el consentimiento del dueño para anotar la hipoteca del usufructo en la inscripción. Por lo demás, el propietario y el usufructuario de la renta pueden prestar una garantía real, en vez de hacerlo mediante la hipoteca anotada en la inscripción, pignorando el resguardo que asegura al acreedor pignora-

puede pignorarse el usufructo sobre muebles. Se extinguen prenda e hipoteca (b) con la extinción del usufructo, por muerte del usufructuario, por la expiración del plazo y por la destrucción de la cosa (1), pero no por la consolidación del pleno dominio (2); la hipoteca se extingue al extinguirse el usufructo por el desuso, en atención a que el poseedor del fundo cuyo usufructo no se ejerce, es un tercero respecto al acreedor asegurado con la hipoteca sobre el mismo, y está protegido directamente por el artículo 2.030 (3); en tanto que el acreedor prendario del usufructo, o conserva la posesión inmedíata o mediata, y con ella la forma de uso consistente en la sustracción de la cosa al uso del propietario, o no la conserva, y pierde entonces su privilegio antes de que el usufructo se extinga. Acerca de la protección que haya de darse a los acreedores hipotecarios, pignoraticios y aun a los quirográficos del usufructuario en caso de privación debida a abusos, ya me ocuparé al tratar de ésta (4).

Tiene, pues, el usufructuario derecho a constituír otro usufructo sobre el propio, y aun un derecho de uso o de habitación. Difiere de la cesión la constitución de un usufructo sobre otro usufructo, primero porque la duración del derecho constituído, además de los límites derivados de la duración de la vida del constituyente, está limitada por la de la vida del adquirente (5); además, porque que-

---

ticio la percepción de los semestres, quedándole el procedimiento de oponerse cuando fuese solicitada, so pretexto de extravío, la expedición de un resguardo o certificado nuevo (art. 31 de la ley cit.) (a).

(a) [En Derecho español no se pueden hipotecar (a pesar de no estar comprendidas, quizá por ser innecesario, en el art. 108 de L. H.) las rentas de la Deuda pública.]

(b) [V. la doctrina del art. 107, núm. 2.° de la Ley Hip. acerca de la extinción de la hipoteca constituída sobre un usufructo.]

(1) MARCIANO, 8, pr. *de pignor.*, XX, 6.

(2) V. el l. V, n. 372.

(3) Directamente, porque dejando de ejercer el usufructo, no posee el deudor el derecho, aun cuando no pueda decirse que sea poseedor de este derecho el tercero. Ni al acreedor aprovecharía el ejercicio de la acción que para interrumpir establece el art. 2.126: la declaración de subsistencia de la hipoteca no impide su extinción al extinguirse el derecho que es objeto de ella. El desuso prolongado del usufructuario, que origina un peligro para la garantía del acreedor, motiva los remedios contenidos en los arts. 1.176 y 1.980.

(4) V. el l. V, n. 378.

(5) V. Cas. Nápoles, 20 enero 1876 *(Foro*, 1876, 253).

dando intacta la relación obligatoria entre usufructuario y propietario, el nuevo usufructo viene a establecer una relación de obligatoriedad, existente por sí misma, entre constituyente y adquirente; el último está obligado hacia el primero a formalizar el inventario, a afianzar, y, si no se le eximió de ello, a todas las demás obligaciones del usufructuario, en tanto que el propietario sólo tiene los derechos que corresponden a su causante, y eso en cuanto el causante mismo no esté en condiciones de responder de las obligaciones a su cargo (1).

Ninguna dificultad encuentro en que el usufructuario pueda constituír una servidumbre predial, siempre que con ella no sea modificado el destino específico del fundo usufructuado. Por esto y porque la duración de la servidumbre está limitada por la del usufructo, puede estimarse objeto de la servidumbre el mismo derecho de usufructo; del fundo usufructuado se desprende una de las utilidades que procura al usufructuario y está mandado que se beneficie de ello otro fundo. No hay razón alguna para rechazar la eficacia real y admitir sólo la eficacia obligacional de la subordinación temporal del fundo usufructuado al servicio de otro, de que puede beneficiarse el usufructuario, bien mediante un precio que hace suyo, bien mediante la constitución de una servidumbre que le permita utilizar mejor su finca; únicamente el propietario podrá repeler o rechazar tal convención, cuando de ella nazca un estado de hecho contrario a la conservación de la sustancia.

358. La cuestión más grave que origina la cesión del usufructo es la de sus efectos sobre las obligaciones del usufructuario. Con justicia se ha notado que la persistencia de la responsabilidad personal del usufructuario para con el propietario es incompatible con

(1) En la cesión de derechos derivados del usufructo por un plazo fijo, no hay cesión de usufructo ni constitución de usufructo sobre usufructo, pues esta última presupone el cese eventual y anticipado de los efectos de la cesión antes de expirar el plazo por muerte del cesionario. Por ello contra éste, como tercer poseedor, no pueden los acreedores que hayan inscrito su derecho sobre el usufructo requerir de pago, y los efectos de la cesión están amparados por el artículo 1.932 si el término no excede de tres años, y sin poder perjudicar a los acreedores anteriores, si excede de tal plazo. Cfr. Apel. Turín, 10 septiembre 1903 (*Legge*, 1904, 143). El usufructuario del usufructo es reputado, desde luego, tercer poseedor (como el usufructuario primitivo frente a los acreedores que tienen inscrito su derecho sobre el pleno dominio), y ofreciendo el importe puede instar la cancelación, no del usufructo primitivo, sino del derivado.

la naturaleza traslaticia de la cesión (1). Dicho se está que continúa siendo responsable de todos sus actos realizados antes de la cesión y por lo que hubiera dejado de hacer estando obligado a ello antes de la misma. Pero como la cesión es un acto de enajenación y deja de ser usufructuario, ¿deberá continuar respondiendo de las modificaciones que sufra la sustancia o de los menoscabos causados por el cesionario, o de la inejecución de las reparaciones ordinarias, o del pago de las cargas relativas a la época en que no disfruta? Inútilmente se replica que la cesión es en sí misma un acto de ejercicio de su derecho y que de sus consecuencias responde como de cualquier otro acto, porque la cesión hace posibles los abusos del cesionario (2). El usufructuario no responde de los daños derivados necesariamente de un acto de ejercicio de su derecho, sino únicamente de los relacionados con un hecho suyo culpable, o de los actos que, aumentando la posibilidad objetiva del daño, son por ello causa adecuada de éste; y el acto de la cesión no aumenta esta posibilidad, ni constituye una falta de la prudencia ordinaria que puede emplearse, aparte del caso de que el cesionario, elegido voluntariamente—nunca el que llega a adquirir el usufructo mediante adjudicación en subasta y a consecuencia de una ejecución—sea una persona tal que haya temor de que su conducta perjudique los intereses de la propiedad.

Aún esquiva la doctrina corriente (3) reconocer que el usufructuario mediante la cesión o transmisión del derecho, queda libre y que el dueño está obligado a admitir un cambio de deudor (a). Una vez reconocida como infundada la idea de que la constitución del usufructo implique confianza en la persona del usufructuario, y admitido que el usufructo es susceptible de cambio; si se considera, por otra parte, que el propietario no elige comúnmente siquiera, sino que se le impone a veces un usufructuario, ni puede reclamar de él

(1) CAMPOGRANDE, *loc. cit.*

(2) GENTY, 104.

(3) PROUDHON, 896; DURANTON, IV, 585; DEMOLOMBE, X, 363; GENTY, 103; AUBRY y RAU, § 230, n. 60; PACIFICI-MAZZONI, 434; en contra, LAURENT, VI, 476.

(a) [Así resulta también del art. 498 del Cód. esp., a cuyo tenor «el usufructuario, enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya». V. también el art. 72 del Apéndice aragonés, con respecto a la cesión de la viudedad legal.]

otros derechos (de obligación) sino aquellos necesarios para proteger su posición propia patrimonial contra modificaciones mayores de las subsiguientes a la constitución misma del usufructo; no hay por qué rechazar la deducción lógica de que tales derechos le corresponden únicamente contra el verdadero titular actual del usufructo. Pero creo no ir contra la lógica, si con una parte de la doctrina (1) admito que respecto a las obligaciones del usufructuario subsisten vinculadas las garantías prestadas por el usufructuario y permanece obligado el que prestó fianza de que se disfrutaría como un buen padre de familia. También combate esta opinión LAURENT, quien sin ocuparse de la garantía real, invoca la índole estrictamente personal de la relación de fianza y para ello se funda en el principio de que ésta no puede ampliarse más allá de los límites en que fué contratada. Para él, el cesionario está obligado igualmente que a los deberes todos de usufructuario, a dar nueva fianza. Yo, en cambio, creo que no implica ampliar la fianza más allá de los límites en que se contrató, el hecho de la subsistencia del fiador amparando las obligaciones del cesionario; porque aquél lo que garantiza es el disfrute como un buen padre de familia *mientras dura el usufructo,* no en tanto goce el primitivo usufructuario; y aun pudo prever la eventualidad de que el usufructuario usara de la facultad que le asistía para enajenar su propio derecho y hacer que otro le sustituyera en el goce; con tanto más motivo cuanto que esta sustitución puede ocurrir sin la voluntad del usufructuario, a consecuencia de la subasta en una ejecución. Si la fianza se presta en consideración exclusiva a la persona del usufructuario, puede el fiador precaverse y obligar a este último a no enajenar, o bien procurarse previamente una contra-garantía para el caso de la enajenación. Mas esto atañe a las relaciones internas entre fiador y usufructuario afianzado, y tales precauciones carecen de eficacia para el propietario, aun cuando sí puede limitarse expresamente la fianza para con el propietario, y al aceptarla éste surtirá el efecto de renuncia parcial a la fianza, cuya renuncia, según he sostenido, a diferencia de la dispensa, no vincula a los sucesores en la propiedad y los deja en libertad de exigir cuando quieran una nueva fianza, cosa que en el caso de que nos ocupamos, ocurriría cuando la cesión se hiciera y el fiador quedara liberado. Con mayor motivo subsiste a pesar del cambio de persona

---

(1) AUBRY y RAU, § 230, n. 61; GENTY, 106; PACIFICI-MAZZONI, 434; contra la doctrina acaso dominante: PROUDHON, 851 y ss.; DEMOLOMBE, X, 363 bis; TROPLONG, *Cautionnement*, 153, 154; LAURENT, VI, 509.

obligada la eficacia de las garantías reales: depósito, prenda e hipoteca. La garantía presupone una obligación, y una vez prestada para una de éstas, no sirve para otra distinta; pero *con la cesión del usufructo no nace una obligación nueva y distinta: hay una sucesión en la deuda; perdura la misma obligación, aunque ahora vaya unida a otro sujeto mediante la transmisión del derecho.*

Con la solución propuesta desaparecen los mayores peligros que se descubren en la cesión del usufructo; y desaparecen sin anular el alcance económico del principio de enajenabilidad, como ocurriría si el usufructuario cedente continuase personalmente obligado, y aun desinteresado del disfrute y de la cesión del cesionario, debiera seguir soportando sus consecuencias perjudiciales (a). Menos segura es la posición del propietario en el caso de dispensa de afianzar. Puede decirse que la exención no sustituye a la garantía especial que suministra la fianza, la garantía general del patrimonio del usufructuario; pero obliga al dueño a ejercitar sus derechos sobre el valor del usufructo mismo, contra el cual puede dirigirse siempre, tanto frente al usufructuario primitivo, como al cesionario. Aparte del caso de venta o donación con reserva de usufructo, no hay más exención legal de fianza que en el caso de usufructo de los padres; pero éste no es susceptible de cesión. De todas suertes, la sucesión en la deuda que aquí se reconoce sin notificarla al acreedor, está lejos de presentar los peligros de aquella sucesión que unánimemente ahora reconoce la doctrina y jurisprudencia nuestras, respecto a la carga del canon en las enajenaciones del fundo enfitéutico.

Precisamente porque el derecho del acreedor está protegido por ir ligado a la propiedad de la cosa cuyo valor le ofrece el medio de encontrar satisfacción, debe rechazarse completamente la posibilidad de ceder el cuasiusufructo, y de que al usufructuario, convertido en propietario de los bienes de utilidad instantánea, reemplace otro en estos bienes mismos, sustituyéndole en la obligación de restituír otro tanto al que ha dejado de ser su propietario, y que ahora no es sino acreedor de la restitución. Pero aun respecto a los demás bienes muebles por naturaleza, ya que no la constitución misma de la relación de usufructo, la entrega de ellos en posesión al usufructuario, implica una confianza que el propietario no hace espontáneamente, sino que se ve constreñido a ella, y que lo coloca siempre, además, a discreción del poseedor; pues éste, transmitiendo la cosa como libre, puede ocasionar al propietario la pérdida de su derecho.

(a) [Solución, como hemos visto, aceptada por el Cód. esp.]

Tampoco aquí, por tanto, es admisible que el usufructuario se libere con la cesión de las obligaciones de custodia y restitución y las endose al cesionario, colocándolo frente a quien no ha conservado un derecho amparado por la propiedad, sino protegido por la acción para obtener que se le restituya, cuya eficacia es la de un simple derecho de crédito. La cesión del usufructo sobre bienes muebles corporales, tendrá, por consiguiente, validez y ocasionará la asunción por el cesionario de todas las obligaciones, pero *quedando el cedente personalmente obligado para con el propietario a asegurarle, con independencia de la fianza prestada, la conservación y restitución de la cosa, ya que no en virtud de la relación de usufructo, respecto a la cual se ha convertido en un extraño, a causa de la confianza implícita hecha en él al entregarle la cosa para que entrara en posesión de ella.*

No hay necesidad de decir, en cuanto al usufructuario del patrimonio, que si éste cede el usufructo de bienes individuales que lo integran, aunque se exima de las cargas relativas al disfrute del mismo, no se libera de la obligación de contribuír al pago del pasivo; no queda exceptuado de esto tampoco aun cuando por enajenaciones sucesivas de todos los que constituyen elementos positivos del patrimonio, venga a ceder el usufructo, pues continuará respondiendo ante el dueño del pago de las anualidades; y aun deberá atender al de los capitales cuando el propietario no quiera satisfacerlos, para evitar que éste proceda a la venta a fin de procurarse medios con ello en perjuicio de los adquirentes a los cuales el usufructuario, por virtud de la cesión, esté obligado a asegurarles la posesión pacífica; salvo siempre también, de un lado, la facultad del propietario que no logre de él el anticipo, de privar del usufructo a los adquirentes y proceder a la venta; y salvo, por otra parte, los derechos que se haya reservado respecto a los adquirentes, mediante la transmisión expresa de las deudas; pero la transmisión va implícita en la cesión del usufructo del patrimonio íntegro, que, contrariamente a la cesión de una herencia, libera al transmitente con respecto al propietario acreedor, en cuanto que el adquirente se coloca en la misma situación jurídica de que derivaba la obligación del transmitente. El usufructuario del patrimonio sólo está obligado a contribuír dentro de los límites de los ingresos que le proporciona el usufructo; y lo mismo que renunciando a éste puede liberarse de sus obligaciones, se exime también con la cesión a un tercero, frente al cual tiene el propietario igual defensa que la que le correspondía frente a él. Por las consideraciones que acabamos de exponer sub-

sisten aquellas únicas obligaciones del cedente de un usufructo de patrimonio que se derivan del acto de confianza contenido en la transmisión de la posesión de las cosas muebles por naturaleza, respecto a las cuales él sirve como garantía con respecto al cesionario directamente obligado.

359. La cesión del usufructo al propietario tiene el mismo carácter que la cesión a un tercero, aun cuando, adquiriéndolo el propietario, se produzca un efecto ulterior del usufructo: el de extinguirse por consolidación del pleno dominio (1); de lo que deduzco una nueva razón en favor de la enajenabilidad del usufructo porque el Código no enumera la renuncia (a) entre las formas de extinción; no la renuncia por sí, sino la adquisición del usufructo por parte del propietario es lo que produce su extinción, y aquélla no necesita de regulación especial porque el negocio jurídico que lo produce es el mismo negocio que puede asignar a un tercero el usufructo. Al afirmar que la cesión a un tercero o al propietario tienen naturaleza idéntica, rechazo que sea creación de la voluntad unilateral del usufructuario; y, por tanto, que la renuncia, que comprende una oferta de cesión, sea irrevocable antes de aceptarla el propietario (2). También esta tesis la han discutido vivamente romanistas y civilistas (3); y se ha dicho que si mediante el acto de voluntad del propietario, por la *derelictio*, se pierde la propiedad, un

(1) V. l. V, n. 371. En Derecho romano ocurre cosa muy distinta, porque, como hemos visto, la venta o donación del usufructo implica constitución de un derecho autónomo a favor del adquirente, no una enajenación, y cuando se hace a favor del propietario queda en el vendedor o en el donante el derecho formal de usufructo. Para ocasionar la extinción, el Derecho antiguo exigía la *in jure cessio*, que en el Derecho justinianeo llega a ser una simple *cessio* o *concessio;* v. § 3, 1, *de us.*, II, 4; cfr. POMP., 21, *de serv. p. u.*, VIII, 2, 20 pr. *de serv. p. r.*, VIII, 3.

(a) [La incluye, por el contrario, el Cód. esp., art. 513, n. 4.°. Ello hace que sean de dudosa aplicación a nuestro Derecho los razonamientos del autor. Téngase en cuenta, por otra parte, el precepto del art. 4.°, párr. 2.°, del citado Código.]

(2) O antes de la muerte del renunciante, en el caso de un cesionario del usufructo que por acto *mortis causa* renuncie al derecho adquirido.

(3) V., por ejemplo, en favor de la misma: ELVERS, § 72; PROUDHON, 2.220-2.221 y los autores citados por él; LEBRUN, *Success.*, l. III, cap. 8, sec. 2, n. 53; LOISEAU, *Déguerpissement*, l. VI, c. I, n. 20; en contra, FADDA y BENSA en las notas a WINDSCHEID, t. I, ps. 862 y ss.; ATZERI, *Rinunzie*, nú-

acto de voluntad del titular debe bastar para perder los derechos reales y en particular el usufructo, que es el que más se le asemeja; que el efecto jurídico causado por la voluntad unilateral es únicamente la pérdida, y es la ley la que, independientemente de la voluntad privada, hace que se alcance la consolidación del pleno dominio al perderse los derechos reales limitativos, como de la pérdida de la propiedad por abandono hace derivar la libertad de la cosa y la posibilidad de su ocupación; se ha apremiado, advirtiendo que la renuncia al usufructo y a otros derechos reales, tampoco va indirectamente encaminada a hacer una atribución al propietario, ni se requiere para ello el concurso de la voluntad del mismo, cuando es posible que juntamente con el propietario se beneficien del hecho cuantos poseen derechos reales sobre la cosa; y se ha agregado que cuando el renunciante aspira a privarse de su derecho pero quiere hacer que otro se beneficie de su privación, no existe la propia y verdadera renuncia, y que para la eficacia jurídica de semejante acto podrá y deberá pedirse el concurso de la voluntad del destinatario de la atribución, aun cuando este concurso no se pueda exigir como requisito para la eficacia de la renuncia de mera abdicación. En tanto que una parte de la doctrina ve aquí un principio peculiar a los derechos reales, y para la eficacia de la renuncia a los derechos de crédito que se afirman frente a una persona determinada, exige el concurso de la voluntad de ésta, otros se niegan a distinguir; el derecho subjetivo es facultad de querer y deja de existir cuando no quieren ejercitar esa facultad aquellos a quienes corresponde; el derecho subjetivo ampara un interés confiado a la voluntad privada y no puede sobrevivir a una voluntad desconocedora de aquel interés. Para una opinión, el problema se agranda y se traslada al terreno de los principios generales del Derecho; para otros, la cuestión se limita a la eficacia de la renuncia unilateral en materia de derechos reales, en que se manifiesta con un consentimiento presunto de quien de la renuncia puede obtener ventaja; en que se justifica con la necesidad de asegurar que independiente-

---

mero 179; AUBRY y RAU, § 234, n. 35; DEMOLOMBE, X, 733 bis; LAURENT, VII, n. 73, y PACIFICI-MAZZONI, 676 (a).

(a) [En nuestra doctrina suelen distinguirse la renuncia y la cesión, y se dice que la primera no necesita el consentimiento del propietario. V. NAVARRO AMANDI, t. II, p. 262; MANRESA, ps. 529-30; SÁNCHEZ ROMÁN, t. III, páginas 600 y 601.]

mente del concurso de otras voluntades, pueden obtenerse por el renunciante las ventajas unidas a la renuncia.

Desembaracémonos pronto de la última de las razones enunciadas. La renuncia al usufructo tiene frecuentemente como móvil el interés de librarse de las cargas inherentes al goce; y es un interés merecedor de protección con preferencia al interés que el propietario pueda tener en que permanezca otra persona obligada a contribuír a la conservación y a las cargas de la cosa que le pertenece. El propietario tiene derecho a esta contribución únicamente porque no debe soportar, para conservar la cosa en su patrimonio, los gastos necesarios a la conservación de un derecho de disfrute limitativo de su propiedad. Desaparece el fundamento de este derecho cuando cesa la limitación de la propiedad o se consolida en el dueño todo el interés relativo a la conservación de la cosa. Cierto que el propietario puede esperar que durante el usufructo levante el usufructuario cargas superiores a los productos de los bienes; mas no que tal desnivel subsista sin la voluntad de dicho usufructuario. Pero independientemente de la eficacia extintiva, cabe reconocer a la renuncia efectos liberatorios; y admitir que el propietario no puede exigir al usufructuario después que haya éste renunciado, y con relación a períodos posteriores, ni la obligación de custodiar, ni la de conservar (1), ni la de levantar las cargas (2); pero no por ello puede decirse que, con la renuncia y contra la voluntad del propietario, se consolide el pleno dominio mediante la extinción anticipada del usufructo. Queda asegurado el interés en la liberación completamente, reconociendo que puede revocarse la renuncia antes que el propietario manifieste su voluntad de aprovecharse de ella, a impulso y por consecuencia de un interés contrario al que la motivó; vuelven entonces a su antiguo ser y estado las obligaciones del usufructuario, como si tal renuncia no hubiera ocurrido, y adquiere el propietario, mediante la revocación, el derecho a exigir que se atiendan las cargas y las obligaciones de conservación y custodia en el intervalo entre la renuncia y su revocación (3).

---

(1) Acerca de la relación que guarda la obligación de conservar con las distintas épocas de disfrute y sobre la distinción entre conservación respecto a las modificaciones naturales y con respecto a las accidentales de la cosa, véase, más atrás, el l. III, c. V, y en particular, el núm. 326.

(2) V., más atrás, los números 331 y 342.

(3) Como, según he demostrado en el c. V del l. III, las obligaciones del usufructuario tienen por fundamento el derecho al goce y no el hecho del dis-

Y viceversa; sea cual sea el beneficio que pueda procurarse el renunciante con la extinción anticipada del usufructo, no hay razón por qué se le haya de asegurar, sin y contra la concurrencia de la voluntad del dueño, el beneficiarse con la renuncia. De esta suerte, si el cese del usufructo constituye la condición para una atribución patrimonial distinta, en favor del usufructuario, de sus herederos o de un tercero (y singularmente cuando esta atribución haya sido establecida en el título constitutivo como gravamen y a cargo del propietario), no vemos por qué la sola voluntad del usufructuario pueda producir la alteración del plazo normal asignado. Ni aun en los créditos que corresponden al usufructuario para reintegrarse de reparaciones extraordinarias que graven la propiedad, parece justo *a priori* que quede a su voluntad anticipar el vencimiento; para que ese anticipo del vencimiento del plazo siga a la voluntad expresa de renunciar, es necesario que previamente se demuestre la extinción del usufructo por voluntad unilateral.

Para esa demostración no vale acudir al carácter de derecho real que tiene el usufructo; porque el reconocer efecto extintivo al acto unilateral de abandono, no se deriva de la *realidad* aludida, sino de que en materia de propiedad, el propósito de abandono va solo, y sin más; mientras que en la renuncia al usufructo va acompañado necesariamente aquel propósito de una aspiración imputativa o atributiva; y afirmar que la eficacia imputativa, el recobro de la libertad del dominio, puede no estar comprendido de hecho en las representaciones que preceden al acto (y que por ello, si aquel efecto se produce, no lo es en razón de la voluntad del agente, sino con independencia de la misma), es negar que el contenido de la voluntad, como factor del mundo jurídico, no lo determinan las representaciones que se asocian de hecho en la conciencia del agente, sino las representaciones que por necesidad lógica deben encontrarse asociadas con las que están en la conciencia: pagando la deuda de otro, yo puedo no querer enriquecer al deudor, pero no puedo no querer liberarlo frente al acreedor; aunque no piense en esta liberación, se produce indefectiblemente por mi acto, cuando haya paga-

---

frute, es inaceptable la tesis de ELVERS, *op. cit.*, p. 511, de que con la revocación de la renuncia quede el usufructuario obligado sólo en cuanto a los períodos posteriores a la revocación; y es inaceptable aunque se temple con la excepción de dolo que se ha de consentir al dueño cuando el disfrute se abandone en el período en que los productos son inferiores a los gastos, para recobrarlo cuando los superen.

do, por haber pensado y querido saldar con el acreedor. Puedo igualmente no pensar en que la extinción del usufructo ocasionará la consolidación del dominio; y, sin embargo, esta consolidación que constituye una adquisición para el propietario, será querida por mí si yo he querido la extinción del usufructo mediante la renuncia; y si la adquisición no produce efecto sólo porque ha sido querida por mí, sin el concurso de la voluntad del adquirente, la renuncia no puede ser causa de extinción. Hay un caso solo en que cabe concebir lógicamente aislado el propósito meramente extintivo de la renuncia, que es el de la hipótesis ideal de un usufructo sobre cosa que conste o se crea que no es de nadie; en este caso, indudablemente, la voluntad de renunciar—que no habría necesidad ni posibilidad de *declarar* a nadie, pero que debería *manifestarse con el hecho del abandono*—produciría por sí misma el efecto único de que es capaz: liberar la cosa lo mismo que la derelicción.

La observación de que la renuncia al usufructo puede beneficiar a persona distinta del dueño, es cierta en parte; así, por ejemplo, una servidumbre impuesta sobre el fundo por el nudo propietario, sin el asentimiento del usufructuario, queda susceptible de ejercitarse sin trabas con la renuncia de éste. Esto no significa que la atribución incluída en la renuncia se dirija a persona distinta del propietario para que exista así el dilema de que la renuncia deben aceptarla todos los interesados si ha de surtir efecto extintivo, o que la eficacia extintiva puede invocarla cualquiera independientemente de la aceptación. Dar eficacia con respecto a sí propio a la servidumbre constituída por el nudo propietario, puede hacerlo el usufructuario con sólo ratificarla después de constituída, aun sin renunciar al usufructo; en esta ratificación hay una atribución al titular de la servidumbre; pero no ocurre igual en la renuncia al usufructo que, dirigida a liberar la cosa, comprende una atribución únicamente al representante de la propiedad, aun cuando beneficie también indirectamente al titular de la servidumbre (1).

Más fácilmente todavía, y siguiendo la tradición romanista de

(1) Cfr. ELVERS, p. 769. Ni aun indirectamente, en cambio, se beneficia con la renuncia del usufructo el acreedor que tiene inscrito su derecho sobre la nuda propiedad, si consideramos la renuncia, según yo sostengo, como una oferta de cesión. La hipoteca sobre la nuda propiedad se amplía al valor entero de la cosa cuando cesa el usufructo, no se amplía al valor del usufructo que el propietario adquiere, puesto que en el momento, y a causa de la adquisición, cesa aquél de existir como derecho independiente (v. el l. V, n. 372).

que están impregnadas las doctrinas francesa e italiana, se combate la teoría que reconoce la pérdida tanto de los derechos reales limitativos del dominio como de los de crédito, a causa de la voluntad unilateral manifiesta en la renuncia: la facultad de querer, que es lo que constituye el derecho subjetivo, subsiste independientemente de la persistencia de la voluntad del titular; el que posee un derecho puede libremente ejercitarlo o no, pero si en un momento dado no lo ejercita, ello no excluye el que con un cambio de voluntad sea ejercitado más tarde; el que en un cierto momento desconoce un interés protegido por el Derecho, no por ello queda vinculado a perdurar en semejante desconocimiento, ni se veda el emplear el arma de que está provisto; ni se descubre a qué utilidad social respondería el aseguramiento de la relación que media entre acreedor y deudor, como entre titular de derecho real y propietario, contra el cambio de voluntad que haya manifestado el primero y no haya acogido por su parte el segundo, ni qué razón habría, bien para imponer al segundo una liberación en su interés pero no querida por él, o en imponerle una liberación querida en interés del que le libera; por consiguiente, de ahí la necesidad de que cuando no sea su interés el que impela a éste a liberarlo, se le proteja contra la liberación impuesta; ahora, que no es menos evidente en el otro caso: podría imponérsele al liberado que aguantara una donación.

Tampoco cabe acoger entre las razones expuestas la que acude a una presunción de consentimiento en el propietario. Porque, aun cuando normalmente obtenga un beneficio con la renuncia, no hay que presumir, desde luego, que quiera obtenerlo, y menos aún que desee aceptarla si en el caso concreto no existe tal ventaja. Lo único que hay de cierto es que jamás se han requerido formas solemnes para declarar la aceptación de la oferta contenida en la renuncia, sea cualquiera el objeto de ésta y de la atribución correlativa; y que ha bastado para ello una declaración sin formalidad, una simple declaración tácita. Creo que con estas consideraciones puede explicarse el precepto legal que exige la escritura para la renuncia del usufructo sobre bienes inmuebles, y que impone en tal caso la formalidad de la transcripción (núm. 3.° del art. 1.314, núm. 3.° del 1.932) (a). Repito que la renuncia del usufructuario no comprende más que una oferta de cesión al propietario, que es jurídicamente perfecta, como la cesión al tercero, mediante la aceptación, aun

(a) [Cfr. en Derecho español las reglas, más generales, del art. 1.280, número 1.°, del Cód. civ., y el 2.°, n. 2.°, de la Ley Hip.]

cuando aquélla no exija, como ésta, una declaración escrita y pueda hacerse verbalmente y aun ser tácita. La renuncia es revocable hasta el momento de la aceptación, y completamente libre la prueba de que el propietario ha manifestado, o con sus actos ha demostrado querer aceptar.

Si a la renuncia no preside el propósito de liberarse de las cargas inherentes al usufructo o el de cumplir una condición, sino el de procurar al propietario un beneficio patrimonial, se entra en el régimen de las donaciones para las cuales se exige una declaración solemne, tanto por parte del que renuncia como de quien acepta (1).

El precepto citado hace poco que exige escritura para la renuncia del usufructo inmobiliario bajo pena de nulidad, priva en gran parte de importancia a la cuestión, ampliamente debatida, sobre la renuncia tácita y sobre la presunción de renuncia. La renuncia se interpreta restrictivamente (2); cabe asimismo inducirla de una declaración de voluntad escrita en la que no esté comprendida formalmente, como, por ejemplo, en el caso de que el usufructuario intervenga en concepto de parte (aun cuando no asuma la calidad de vendedor ni se aclare el fundamento de su intervención, limitándose a firmar) en la venta del fundo en plena propiedad, y aun en la misma venta simple sin reserva expresa de usufructo, siempre que

---

(1) En nuestro sistema jurídico no cabe que la renuncia tenga eficacia formal y determine una extinción del usufructo, contra la cual pueda reobrarse mediante una *condictio*, probando el *animus donandi*. Y la misma teoría que da eficacia a la renuncia no aceptada, debe o debería, congruente con el sistema, negarla cuando aparezca el *animus donandi:* en cambio, cree que cabe señalar la alternativa de renuncia o donación el Trib. de Apel. de Trani, 26 de octubre de 1908 *(Foro Puglie*, 1909, 22) para excluír la necesidad de la escritura pública en la renuncia al usufructo. La interpretación propuesta del artículo 1.314 borra el argumento que de él se deduce para la eficacia de la renuncia unilateral: pero de todas suertes debe rechazarse el que en un precepto legal de procedimiento relativo a la prueba haya podido decidirse incidentalmente una cuestión referente a la sustancia de los actos, aunque se nos presente como un concepto normativo de la forma de los actos jurídicos. El Trib. de Apel. de Nápoles, 11 de febrero de 1876 *(Foro,* 1876, 308) reconoce la validez de la renuncia en escritura firmada sólo por el usufructuario, aun cuando en el caso de autos aparecía clara la aceptación del propietario.

(2) Si en una venta de bienes hereditarios renuncia el cónyuge al derecho de usufructo que le corresponde, se ha de entender que la renuncia no se refiere sino al usufructo de los bienes vendidos: Apel. Génova, 29 agosto 1906 *(Temi gen.*, 1906, 106).

la intervención no pueda explicarse de otra suerte, por la cualidad de representante o de auxiliar o testigo de uno de los contratantes, o de parte que actúe en un contrato distinto otorgado en la misma escritura (1). Saliendo del campo del usufructo inmobiliario, aunque no hay necesidad de declaración escrita de voluntad para la renuncia, es preciso una declaración o un acto del usufructuario bastante a inducir su voluntad, y no basta con el simple conocimiento de otro acto incompatible con la persistencia de su derecho (2). Además debe rechazarse el que la renuncia pueda inducirse del abandono del fundo a consecuencia de la ejecución iniciada y que el propietario pueda ocasionar la extinción del usufructo pagando a los acreedores (3); si en el abandono hay implícita una renuncia, no va dirigida al propietario; es una renuncia a la posesión inmediata en favor de los acreedores: la tesis expuesta es incompatible con el derecho del que abandona para recuperar el inmueble, pagando él las deudas antes de la adjudicación en subasta (art. 2.018; art. 2.173 del Cód. franc.).

360. La renuncia puede tener por objeto o una parte alícuota o una porción del usufructo señalada en cualquiera otra forma; pero semejante renuncia no puede causar efectos liberatorios parciales,

---

(1) V. Apel. Casale, 2 julio 1888 (*Giur. Cas.*, 1888, 363).

(2) Como ocurriría con el pago al acreedor del crédito objeto del usufructo. El usufructuario que, habiendo notificado al deudor su derecho, autorice como notario la carta de pago librada al propietario por el acreedor o intervenga en el acto como testigo, conserva sus derechos de usufructo. PROUDHON, 2.173 y ss., distingue entre el testigo, que con arreglo a la práctica francesa (?) puede ignorar el contenido de la escritura, y el Notario; y a este último lo considera, por su reticencia, sujeto a la excepción de dolo. Pero, según las fuentes, el usufructuario es causa de dolo cuando consiente en la venta del fundo sin reserva del usufructo, no cuando se haya limitado a saberlo (ULP., 4, § 12, *de d. m. exc.*, XLIV, 4), y no es aplicable la excepción de dolo al fideicomisario que como testigo interviene en la partición hereditaria que comprende el objeto del fideicomiso «*nisi evidenter apparuerit omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse*», MOD., 34, § 2, *de leg.*, 2.°, XXXI, cuando de ello no aparezca su voluntad. Cfr. también MOD., 39, *de pign. act.*, XIII, 7. No el silencio, sino el engaño, sirve de fundamento a la responsabilidad del dolo específico. Nuestro Cód. ha suprimido como inútil el art. 621 del Cód. francés, según el cual la venta del fundo usufructuado no perjudica los derechos del usufructuario si no había renunciado éste formalmente al usufructo.

(3) Como quiere PROUDHON, n. 2.169.

aparte del efecto extintivo subordinado a la aceptación del propietario; comprendería la oferta del usufructuario de cumplir parcialmente las obligaciones a su cargo; cosa inadmisible, tanto respecto a las obligaciones divisibles como a las indivisibles cuando el único usufructuario está frente a un único propietario. Acerca de esta limitación del efecto liberatorio de la renuncia importa singularmente señalar la individualidad que al derecho de usufructo le comunica su objeto: hay tantos derechos de usufructo diversos como cosas y derechos gravados; el usufructo es único cuando se trata de una universalidad de cosas reunidas para un común destino económico; y es múltiple el usufructo sobre el patrimonio. Libre es el titular de varios derechos de usufructo de renunciar a uno y reservarse los demás, pero carece de facultades para dividir un único derecho de usufructo a fin de renunciar a una parte de él, porque esto implicaría una modificación de la sustancia de la cosa. El usufructuario no puede renunciar al usufructo de la casa de labor y conservar el de la finca aneja para evitarse con ello sufragar reparaciones costosas en sí, y que no le sean necesarias o útiles por virtud de circunstancias especiales (que posea, por ejemplo, en las proximidades de la finca otra casa adecuada para habitación de los labriegos); y no lo puede hacer porque la casa de labor, con arreglo al destino que se le impuso cuando fué constituído el usufructo sobre el inmueble, forma una unidad con la finca (1). Lo mismo digo del edificio destinado a morada de los dueños y unido a la finca; no puede admitirse la renuncia liberatoria del usufructuario, aunque no le interese disponer de esta casa, si separándola de la finca cambian sustancialmente las condiciones de residencia en el inmueble; se modifican las condiciones de administración de la finca, al separar la casa aludida, cuando ésta constituya un centro para la administración y vigilancia.

El interés del heredero en que el usufructuario del patrimonio no esquive con su renuncia la obligación de atender a las reparaciones de aquellos bienes que con sus productos no compensan el sacrificio que exigen, y su empeño en que conserve el disfrute de los demás, no implica, sin embargo, que asista al heredero el derecho a colocar al usufructuario en la alternativa de renunciar al disfrute del patrimonio íntegro o cumplir las obligaciones relativas a todos los bienes que lo integran (2). No puede el usufructuario librarse más

(1) Cfr. PROUDHON, 2.196-2.197.
(2) En contra, PROUDHON, 2.189.

que con la renuncia total a las obligaciones que tiene de contribuír al pago del pasivo del patrimonio; pero de aquel pasivo únicamente que vaya unido a la atribución que se le haya hecho del usufructo de todo el patrimonio. Las obligaciones de custodiar y conservar son inherentes a cada uno de los derechos distintos que por virtud de la atribución adquiere sobre los bienes singulares, y van separadamente según la individualidad de estos derechos. Es inútil invocar el posible propósito del constituyente de que la conservación de los elementos patrimoniales menos productivos se compense con las ventajas que procura el goce de los demás; si el constituyente quiere conseguir ese propósito, debe consignarlo expresamente en el acto constitutivo e imponer la conservación a manera de legado modal. Con la renuncia al usufructo de determinados bienes, no queda sustraído indudablemente el usufructuario a las obligaciones que le imponga el título constitutivo; pero no es lo mismo cuando no se trata de obligaciones que hayan sido impuestas en el título, sino de aquellas que la ley considera unidas al disfrute.

La solución no varía cuando el usufructuario se halla frente a distintos propietarios, porque si entre las obligaciones de que quiere liberarse con la renuncia las hay divisibles, por ejemplo, el pago de intereses por las cantidades que haya invertido el propietario en reparaciones extraordinarias, las hay también que no son susceptibles de cumplimiento separado (la prestación de custodia, la conservación ordinaria, las cargas) (1). Si acepta la renuncia uno de los propietarios, entre él y el usufructuario que conserva su derecho en la parte alícuota de los demás, se constituye una comunidad de disfrute. Si la rechaza, queda obligado el usufructuario respecto a él como respecto a los demás. Si, en cambio, se divide la cosa entre los propietarios, el usufructo se fracciona en tantos derechos distintos como sean las porciones asignadas a los copartícipes que constituyen cosas distintas como objeto de propiedades diversas; la posición del usufructuario no puede ser modificada sin su consentimiento y en su perjuicio, aun cuando sí en su ventaja, esto es, en el sentido de que le sea conferida como a titular de derechos independientes, facultad para liberarse de las cargas inherentes a uno reservándose los demás. La renuncia de uno de los comuneros del usufructo se dirige a los otros partícipes, no al propietario: antes de ser aceptada, libera de deberes al renunciante, ampliando las obligaciones que pesaban sobre los otros para englobar aquellas de que se descarga él, ya que

(1) V. el l. III, c. X.

también a favor de ellos se amplía el disfrute; con la aceptación, se determina la adquisición por parte de los otros de su cuota de usufructo (1). Después de la división del disfrute, los antiguos comuneros del usufructo quedan dotados de distintos derechos de usufructo y corresponde a cada uno el derecho a liberarse del suyo mediante la renuncia; como cada uno de ellos, una vez aceptada esta última, transmite su derecho al propietario. A éste no perjudican las consecuencias de la partición, porque, como he dicho ya (2), la división, mediante adjudicación de cuotas de disfrute, está subordinada completamente a la condición de que no implique cambio en el destino económico de la cosa usufructuada.

361. La doctrina francesa no halla dificultad en reconocer la validez de la renuncia al usufructo legal, aun cuando generalmente exija que el usufructo «haya comenzado», esto es, que se haya adquirido, y niega eficacia a una renuncia hecha por anticipado en las capitulaciones matrimoniales (3); ¿por qué? Porque el artículo 1.388 (reproducido con modificaciones en el 1.379 de nuestro Código) (a) impide anular los derechos que tiene como jefe de la familia; y en tal concepto es como le corresponde durante el matrimonio, con preferencia a la mujer, el usufructo sobre los bienes de los hijos menores; impide que se anulen los derechos reconocidos al cónyuge superviviente a título de patria potestad y entre ellos el usufructo. Pero si es un derecho perteneciente al cabeza de familia, si es un atributo de la patria potestad, no puede quedar al arbitrio de la voluntad privada, que vendría entonces a modificar las condiciones de ejercicio de ésta; la renuncia al usufructo adquirido, lo mismo que la renuncia anticipada, infringe los motivos de orden público que determinan la atribución legal del usufructo.

Es consecuente la teoría que ve en el usufructo legal un equivalente de los cuidados que los padres prestan a la persona de los hijos, y por ello deduce indistintamente la validez de la renuncia formalizada antes o después de adquirirlo (4). Si no es más que un derecho reconocido en interés personal de los padres, verdaderamen-

(1) Cfr. el t. I, nn. 133 y sigs.

(2) V. el l. III, c. X.

(3) TOULLIER, VII, 15; MARCADÉ, ad a. 387, V; DEMOLOMBE, VI, 488 y ss.; AUBRY y RAU, § 524, n. 1 y § 554 *bis*, n. 38.

(a) [Cfr. el 1.316 del Cód. esp.]

(4) LAURENT, IV, 323, 328.

te no parece que pueda haber mayor dificultad en renunciar a ese derecho cuando es eventual que cuando es actual. Esta teoría se funda en el régimen que imprimió el Derecho consuetudinario a la *garde noble*, renunciable según los intérpretes en el contrato de matrimonio (1); pero en esto, como en otros extremos, se olvidan las diferencias fundamentales que hay entre esa antigua institución y lo que de ella ha salido. La renuncia a la *garde noble* había que hacerla (2) mediante una declaración solemne y dentro de un plazo preciso, y a consecuencia de ella el renunciante quedaba obligado a hacer que se nombrara un tutor al menor; cargo que, si no tenía una causa justa de excusa, podía obligársele a aceptar. En nuestro Derecho no hay nada de eso, ni se puede renunciar voluntariamente a la patria potestad (3), a la que va unida la asignación del usufructo, tanto en el Derecho francés como en el nuestro (a). La base, pues, de la teoría indicada, es errónea totalmente: el usufructo legal no es la compensación por un cargo que como ningún otro excluye desde luego toda remuneración, sino un medio para asegurar el libre ejercicio de la autoridad paterna y la unidad de dirección de los intereses familiares, solidarios durante la menor edad de los hijos (4). Los padres no son libres de modificar la posición económica en que les coloca la ley respecto a los hijos menores, porque como consecuencia de ello se alteraría su propia situación moral y revestirían el carácter de administradores de su patrimonio, quedando sometidos a rendirles cuenta de su gestión.

Tampoco pueden modificarla parcialmente renunciando al usufructo de bienes aislados (5), pues si es cierto que la patria potestad no está vinculada necesariamente al usufructo de todos los bienes propiedad de los menores, la ley misma señala cuáles no están su-

---

(1) POTHIER, *Garde noble*, sec. II, § 1.

(2) V. *Coutume d'Orléans*, t. I, a. 23.

(3) En el Derecho francés, la madre superviviente puede ser dispensada de ejercer la tutela de los hijos, y ser discernida ésta como un cargo distinto de la patria potestad; v. art. 394.

(a) [La sentencia del T. S. esp. de 22 octubre 1891, declaró nula la renuncia de la administración que corresponde a los padres sobre los bienes de los hijos que están en su potestad.]

(4) V. el t. I, n. 174.

(5) Esta es la solución equívoca que propone BIANCHI, VII, 249, enlazando, de una manera incoherente, la premisa de que la asignación del usufructo sirve los intereses pecuniarios de los padres, es decir, un interés de orden puramente privado, con la negativa de la facultad de despojarse de él completamente.

jetos a él por razones varias, y de esta suerte indica que los demás lo están. Por otra parte, los padres no necesitan acudir a la renuncia del usufructo para reservar a sus hijos los beneficios totales de las rentas de sus bienes; pueden perfectamente acumularlos y ahorrarlos, bien para donarlos a los mismos, o para dejárselos a su muerte. Sin embargo, cuando una disposición semejante venga a beneficiar a los hijos más ricos en daño de los más pobres, es conforme con nuestro Derecho vigente el declararla ineficaz en cuanto estos últimos queden perjudicados en su legítima; conviene y es justo que los padres no dispongan de un medio de aumentar la desigualdad entre hijos ricos y pobres más allá de la esfera en que la ley les consiente disponer de su propio patrimonio, renunciando con el usufructo al aumento eventual del caudal partible.

Tampoco puede aplaudirse el propósito de eximir de las cargas inherentes al usufructo para legitimar la renuncia de los padres. Las cargas consistentes en mantener y educar a los hijos, las deben soportar independientemente del disfrute de sus bienes. Los padres, como cualquier otro usufructuario, no satisfacen con los productos el pasivo del patrimonio: si cabe que un usufructuario extraño pueda liberarse de aquella administración que no le deja un margen de utilidad, a los padres no se les puede consentir esto. Nos queda el caso de que los gastos de conservación y cargas que graven los frutos excedan de los productos; pero tampoco aquí puede quejarse justamente, si los gastos que ha de realizar, pongamos, por ejemplo, en un palacio o en un parque, consumen lo que obtiene de otras partes del patrimonio del hijo, y no debe tener, como un usufructuario extraño, posibilidad de conservar los bienes productivos, dejando a cargo del propietario los que no lo sean; porque si la totalidad de los gastos excede de la de los productos, lo que conviene al patrimonio del menor es una transformación, y la puede realizar el padre, a diferencia de otro usufructuario cualquiera, debidamente autorizado para ello, representando los intereses de la propiedad, liberándose así de la carga excesiva que sobre él pesaba.

De igual suerte y por las mismas razones que es inadmisible la renuncia a favor del hijo, lo es la transmisión que el padre haga a un extraño del dicho usufructo. Constituye la comerciabilidad la esencia del usufructo ordinario, y por eso ha sido reputada nula la prohibición de enajenar o hipotecar un usufructo constituído en testamento (1); pero es de esencia en el usufructo legal la incomer-

(1) Cas. Palermo, 21 febrero 1901 (*Monit. trib. Mil.*, 1901, 570).

ciabilidad. Cierto que el padre puede contraer la obligación personal de transmitir a otro el disfrute mientras le corresponda, gratuitamente o a cambio de un equivalente, por una sola vez, o por una prestación periódica; pero no puede despojarse del derecho real de usufructo, que es un atributo de la patria potestad y un medio de ejercer ésta como exige la ley, ni liberarse de las obligaciones a él inherentes. Esta opinión, que es la que prevalece también en la doctrina francesa (1), en nuestro Derecho encuentra un indirecto pero decisivo apoyo en el precepto que prohibe expresamente la hipoteca del usufructo legal sobre bienes inmuebles (a) (2) y la acogen la gran mayoría de los escritores y de los Tribunales (3) (b).

---

(1) MARCADÉ, ad a. 385, II; DEMOLOMBE, VI, 527; AUBRY y RAU, § 550 *bis*, nn. 24-25; PONT, *Privil. et hyp.*, I, 378. En contra, PROUDHON, 221; CHARDON, *Trois puissances*, II, 108, y LAURENT, IV, 328.

(a) [V., en este sentido, el art. 108, núm. 2.°, de nuestra L. Hip.]

(2) No hay que confundir dos cosas: a) La prohibición de hipotecar, que determina la nulidad del negocio jurídico de constitución de hipoteca, y de la que no se induce necesariamente la nulidad del negocio que ordena la transmisión de la propiedad (por ello es válida la venta de bienes futuros, subordinada a la condición de que el vendedor adquiera su propiedad e inválida la hipoteca de los bienes futuros, arts. 1.118, 1.977); y b) La prohibición de hipotecar como cualidad objetiva de ciertos bienes que los sustrae a la constitución de hipoteca independientemente de la voluntad del titular.

(3) BORSARI, §§ 526-528; BUNIVA, *Persone*, II, p. 181; RICCI, I, 350; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, I, 554; CHIRONI, *Istituzioni*, § 417; CHIRONI, *Ipoteche*, II, 70. BIANCHI, VII, 250, también aquí adopta la solución equívoca intermedia de que sea posible enajenar el usufructo de algunos bienes aislados, pero no el derecho, que continúa llamando universal, de usufructo. Se ha reconocido la validez de la renuncia del usufructo legal, hecha a favor de un extraño en un caso en que el legitimario, legatario sólo del usufructo, para obtener por vía de transacción del heredero extraño el equivalente de la legítima, renunció a todos los derechos de propiedad y de usufructo que le correspondían en la herencia: Trib. de Apel. de Casale, 6 de marzo de 1888 (*Giur. Cas.*, 1888, 96); fallo doblemente erróneo, porque no debió interpretarse la renuncia como comprensiva de los derechos que el renunciante no adquiría por sucesión, sino que le asignaba la ley en la sucesión a que estaban llamados los hijos; aunque según la intención del renunciante, hubiera podido darse tal extensión a la renuncia, debería haberse estimado ineficaz. También reconoce la posibilidad de la renuncia un fallo del Trib. de Apel. de Palermo, 4 de abril de 1903 (*Circ. giur.*, 1904, 18), que niega vaya seguida de la pérdida de los frutos maduros y no recogidos.

(b) [En la doctrina patria se ha discutido mucho el problema de si los

362. A tenor del artículo 622 del Cód. francés, los acreedores del usufructuario *peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice*. El Código italiano no reproduce este precepto, que no hace sino aplicar a la renuncia del usufructo el principio de la impugnabilidad de los actos fraudulentos (1). Para nosotros es

---

usufructos legales o algunos de ellos no son susceptibles de enajenación. Véase un resumen de las principales opiniones en nuestro *Derecho Civil* (ajustado al Programa de Notarías), 2.ª edic., t. I, ps. 390 y ss. Para la viudedad aragonesa, v. el art. 72, regla 2.ª del Apéndice foral, que sólo concede al viudo el *derecho de ceder la percepción de frutos* de los inmuebles que forman parte de la viudedad legal.]

(1) Así lo cree la mayoría de la doctrina francesa: PROUDHON, 2.348 y ss; DURANTON, IV, 701; MARCADÉ, ad a. 622, n. II; DEMOLOMBE, X, 735; LAURENT, VII, 78, siguiendo al Derecho romano, que sometía la cesión y renuncia del usufructuario a la acción pauliana: ULP., 10, § 15, *quae in frau.*, XLII, 8. De todos modos, sugiere algunas dudas la diversa dicción de este artículo y del art. 1.167, que formula el principio general acerca de la impugnabilidad de los actos fraudulentos; aun prescindiendo de que el art. 622 habla impropiamente de *faire annuler*, cuando el 1.167 faculta a los acreedores para *attaquer les actes*, el 622 exige como requisito para la acción de los acreedores el *préjudice*, y el 1.167, que corresponde al 1.235 nuestro, el *fraude*. Es de notar que en el proyecto de la Comisión ministerial y en el artículo que se ha convertido en el 622 aparece la palabra *fraude*, suprimida después que el Tribunal de Cas. hubo de advertir que para impugnar la renuncia bastaba la existencia del perjuicio, sin necesidad de que hubiera intención de fraude; v. FENET, *Travaux prépar.*, t. II, ps. 113, 140, 145. La misma modificación ocurrió en la redacción del artículo 788 relativo a la renuncia de una herencia, y los términos del Código francés los ha reproducido el art. 949 del nuestro. El principio del art. 1.235 (1.167 del Cód. fr.), no estorba la existencia de un precepto especial para la impugnación de la renuncia a la herencia si el fraude ha presidido a ésta, como es inútil el precepto para la impugnación de la renuncia al usufructo, porque revocada la renuncia a la herencia, ésta no entra en el patrimonio del llamado sin un acto de voluntad que el art. 949 (788 Cód. fr.) permite hacer a los acreedores después de una autorización judicial; a pesar de la distinta expresión de los arts. 949 y 1.235, en la impugnación de la renuncia exige con razón el fraude MAIERINI, *Revoca degli atti frodolenti*, n. 67, dentro de nuestro Derecho. DEMANTE, *Cours*, II, 471 *bis*, entre los escritores franceses, dice que el hecho objetivo, el *eventus damni*, es el requisito para la renuncia abdicativa del usufructo, esto es, la renuncia sin intento de transmitir; en la renuncia-cesión se necesita, además, el *consilium fraudis*, la previsión del daño. Conceptualmente es insostenible la distinción conforme a lo dicho en el número 359; DEMOLOMBE, X, 735, que la cree posible, aunque entre las dos figuras que tan diversa eficacia tienen no exista sino una *nuance bien faible*, nota que

indudable que la renuncia a favor del propietario, como la cesión a un tercero del usufructo, son impugnables por los acreedores del usufructuario si éste ha procedido fraudulentamente; y cuando la renuncia y la cesión han sido hechas mediante una contraprestación, siempre que en el fraude haya sido partícipe el que adquirió en virtud del acto o contrato (a). Tanto para los requisitos como para la eficacia de la impugnación de una cesión fraudulenta del usufructo, sólo tenemos que remitirnos a los principios generales por que se rige la acción pauliana, y hacer una referencia a la protección que el Cód. de Com. concede a los acreedores del comerciante en lo relativo a los efectos de las transmisiones realizadas después de la suspensión de pagos o de la declaración de quiebra del comerciante usufructuario.

Reintegrado en el patrimonio del usufructuario el usufructo a consecuencia del éxito favorable de la acción revocatoria, o reconocido que a virtud del estado de insolvencia o quiebra del usufructuario comerciante no salió aquél válidamente de su patrimonio, constituye dicho usufructo garantía común de sus acreedores, como si no hubiera mediado cesión alguna: de suerte que los acreedores pueden dirigirse contra el derecho de usufructo individualmente o en forma colectiva contra el usufructuario comerciante, y hacerse pago con el valor de la venta (1). Pueden obtener de la parte de pre-

---

en otro caso de renuncia supuestamente abdicativa, en la renuncia a la comunidad entre cónyuges (art. 1.464), se fija como requisito el fraude; AUBRY y RAU, § 234, n. 47 y § 313, n. 7 exigen para la revocación de la renuncia al usufructo el único requisito objetivo de que exista daño.

(a) [Igual cabe decir del Derecho español. MUCIUS SCAEVOLA hace notar que la limitación que a la renuncia hecha en fraude de acreedores imponen algunos Códigos extranjeros, hay que considerarla «sobreentendida» respecto de nuestro Cód. porque en el lib. IV, tít. II, cap. V, se trata en general de dicha materia, y en el art. 1.291 se declaran rescindibles los contratos celebrados en fraude de créditos legítimos, cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, y si no se considerase la renuncia de derechos un contrato, porque no necesita la aceptación de la persona en favor de la cual se hace la renuncia, siempre procedería, por la acción de dolo, exigir la correspondiente responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios, contra el renunciante que defraudase a sus legítimos acreedores (arts. 1.101 y 1.102): t. cit., página 1.088.]

(1) Aun en los sistemas jurídicos que prohiben la enajenación, y, por consiguiente, la constitución de garantías reales sobre el usufructo, se reconoce que puede perseguirse judicialmente y obtener, con la adjudicación a un terce-

cio que corresponda al valor del usufructo (1) cuanto exceda después de pagados los acreedores hipotecarios de fecha anterior a la constitución del usufructo, cuando hayan sido los promotores de los autos instados contra la propiedad plena, e igualmente, con respecto a los derechos respectivos de prelación, la parte de precio que corresponda al valor del usufructo o parte de dicha cuota cuando la ejecución sobre el dominio pleno la hayan accionado acreedores juntamente de propietario y usufructuario (2). En segundo lugar, pueden instar judicialmente el secuestro del usufructo si justifican que existe el riesgo de que desaparezca la garantía ofrecida por su valor, bien por sustracción, alteraciones o deterioros (Cód. Pr. c., artículo 921); cuando concurran los requisitos previstos en el artículo 924 de la ley procesal, pueden lograr el *secuestro conservatorio* de los bienes muebles que sean objeto del usufructo.

La ejecución forzosa y el secuestro presuponen que el deudor posee el derecho de usufructo. Los acreedores pueden asumir la representación de él y pedir la posesión ejercitando la acción confesoria; o la de despojo para recuperar aquélla, a fin de capacitarse así para pedir la ejecución o el secuestro; con igual representación pueden oponerse a la acción negatoria deducida para privar de la pose-

---

ro, un derecho personal a la prestación del goce o a la obtención por parte de los acreedores del equivalente de tal adjudicación. El Ordenamiento procesal civil del Imperio germánico (20 de mayo de 1898), § 857, permite que el Tribunal adopte medidas especiales para la ejecución sobre derechos inalienables, y ordena la administración judicial para el caso de derechos de disfrute. Con más lógica deduce el Derecho austriaco, de la inalienabilidad del usufructo, la consecuencia de que no pueda perseguirse judicialmente y se haya de acudir al procedimiento especial denominado *secuestro ejecutivo*, el cual secuestro se constituye a fin de pagar a los acreedores con la renta que perciba el administrador: v. el fallo del Trib. Sup. Imp. de 1.º de diciembre de 1885 en GLASER y UNGER, *Entsch. d. Oberger.*, n. 10.810.

(1) V. el n. 366.

(2) V. Apel. Bolonia, 11 mayo 1903 *(Temi*, 1903, 562); Cas. Nápoles, 25 febrero 1905 *(Foro*, 1905, 816); Apel. Florencia, 24 marzo 1908 *(Temi*, 1908, 122). Es notable el fallo de la Cas. de Roma de 24 agosto 1892 *(C. Supr. Roma*, 1892, II, 304); según él, con el precio obtenido en la subasta se paga por separado a los acreedores del propietario y del usufructuario, pero sin participar del sobrante el usufructuario, que sólo tiene derecho a cobrar los intereses. El usufructo se convierte en un cuasiusufructo sobre la parte de precio correspondiente al valor del usufructo que no se haya consumido en pagar a los acreedores del usufructuario.

sión a su deudor, o proponer la acción de retener, u oponerse a ella. El precepto legal que autoriza a los acreedores para ejercitar los derechos y las acciones de su deudor (art. 1.234) (a) está encaminado exclusivamente a darles la representación del mismo, tanto para defender sus derechos en concepto de actor como en calidad de demandado. En las palabras «ejercicio de los derechos» está comprendida una forma de actividad completamente distinta; aquella en que se manifiesta la voluntad de imperio para la consecución de los beneficios en virtud de los cuales se ha reconocido el derecho, de los que resulta la posesión del mismo, que constituye el objeto principal de la transmisión de su ejercicio (1) y que indudablemente no pueden, en cambio, ejercitar los acreedores (2).

El asumir la representación del acreedor para defender sus derechos, no está subordinado a un reconocimiento judicial del interés de los acreedores (3); pero si los acreedores que poseen un título ejecutivo contra el deudor, derivan de él directamente el derecho a

(a) [Art. 1.111 del Cód. esp.]

(1) V., más atrás, p. 666, nota 2.

(2) En la exposición doctrinal con motivo del art. 1.234, si no hacemos la distinción necesaria e indicada del ejercicio del derecho como manifestación de la voluntad de imperio mediante la consecución de una utilidad, y como manifestación de la voluntad de remover un obstáculo a la obtención de una utilidad, no se expresa el principio absurdo de reconocer el derecho del acreedor a sustituír al deudor o representarlo en la primera fase. Aún se plantea la cuestión, relacionada con aquel absurdo, de si el acreedor puede realizar actos de administración en vez del deudor; por ejemplo, arrendar sus bienes. No hay nada de absurdo en discutir acerca de la admisibilidad de una demanda judicial formulada por el acreedor para que se proceda al arrendamiento de bienes del deudor y se obtenga así una renta adecuada y mayor de la que ahora procura la negligente administración del deudor; no ofrece nada de absurdo; la demanda tiene por objeto privar al deudor de la administración, es decir, el secuestro. El absurdo empieza cuando se dice—v. la nota siguiente—que el ejercicio de los derechos del deudor no está subordinado a una previa autorización judicial, y se discute si puede el acreedor, a su arbitrio, ejercer también el «derecho de administrar o de arrendar», que no son derechos, sino facultades, como la de servirse de la cosa, anejas al derecho real sobre la misma, o como las de modificarla o destruirla, unidas a la propiedad.

(3) Este fué el concepto que acogieron los primeros comentaristas del Código francés y singularmente PROUDHON (nn. 2.236-2.348). A este concepto responde el nombre de acción subrogatoria, acción para obtener la subrogación judicial en los derechos del deudor, que por inercia se conserva para la institución que regula el artículo 1.234, luego de acoger el concepto opuesto y de re-

representarlo en la contienda dirigida a determinar los objetos de la ejecución (1), en tanto que en el caso de quiebra esta facultad de representar la discierne al síndico la autoridad judicial en interés de todos los acreedores (2), fuera de tal caso el interés de los otros acreedores en ejercitar los derechos del deudor (condición generalmente exigida para deducir una demanda en juicio u oponerse a ella: Cód. Pr. c., art. 36), no aparece de la simple existencia de la relación de crédito, y se necesita que se reconozca su derecho a obtener una medida conservatoria, como la del secuestro (3); y este derecho no puede declararse sino en un juicio en que el deudor sea parte.

Los frutos adquiridos por razón del derecho de usufructo, son un factor independiente dentro del patrimonio del usufructuario y distinto del derecho mismo. Los acreedores pueden hacer objeto de ejecución y embargo los frutos maduros, una vez realizada su separación, que es cuando se adquieren; en los autos pueden asumir la representación del deudor para apartar los obstáculos que se opongan al logro de su posesión. Antes de dicha separación, los frutos no existen como elementos independientes del patrimonio; cabe el embargo de los frutos pendientes, con el objeto de conservar el derecho de los acreedores a ejecutar su valor luego que los separe, si continúa entonces el usufructo y entran por tanto en el patrimonio del usufructuario; carácter condicional tiene también la venta misma que se autorice de los frutos pendientes, cuyo precio no pasa a los acreedores si el usufructo se extingue antes de la separación de aquéllos (4). En cambio, constituye un elemento autónomo del patrimonio del usufructuario, el derecho a aquellas prestaciones que forman los frutos civiles, desde el instante en que surge el vínculo obligatorio que es causa de la deuda, o desde el momento en que el usufructuario sucede en la relación preconstituída; derecho subor-

---

conocer que la facultad de ejercitar los derechos del deudor, no la confiere la autoridad judicial.

(1) La tesis que sostiene LABBÉ en la *Revue critique*, 1858, es que únicamente pueden ejercitar los derechos del deudor los acreedores que posean un título ejecutivo.

(2) El síndico tiene la representación del quebrado no sólo en la defensa activa y pasiva de su derecho, sino también para ejercitar todas las facultades que de él provengan.

(3) Cfr. a propósito el interesante y cuidado estudio de C. ZUCCONI, *Natura ed effetti dell'azione surrogatoria*, en la *Rivista di dir. civ.*, t. III, ps. 1 y ss.

(4) V., más atrás, pág. 444, nota 3 y pág. 446, nota 2.

dinado igualmente a la condición de que la prestación venza antes de la extinción del usufructo (1). Los acreedores del usufructuario, independientemente del derecho de usufructo, pueden embargar este derecho o exigir que quede en administración o en poder de tercero, y asumen aquí también la representación del deudor para obligar al pago; pero normalmente no se reconoce la adjudicación en pago con respecto a cantidades adeudadas (C. P. c., artículo 619) cuando no ha sido comprobada su exigibilidad antes de que concluya el usufructo.

363. Con respecto a las obligaciones subsiguientes al disfrute, el propietario carece de prelación y su crédito concurre con el de los demás acreedores del usufructuario, sean anteriores o posteriores al momento en que nacieron aquéllas; por eso cuando se persiguen judicialmente los frutos, es muy posible que quede sin satisfacer en todo o en parte su derecho y que haya de resignarse a presenciar que con el precio de los mismos se pague a los otros acreedores sin ser resarcido íntegramente de los menoscabos causados en la cosa, ni reintegrarse de los gastos hechos y que incumbían al usufructuario. Pero cuando lo que se persigue ejecutivamente es el derecho mismo de usufructo, si es también posible que la cantidad satisfecha por el adjudicatario no sea suficiente para saldar la deuda que el propietario ha alegado juntamente con los demás acreedores, tiene seguro el pago de lo que le corresponda para que la cosa se le restituya en el mismo ser y estado, así como lo que le corresponda por el disfrute posterior a la adjudicación; y lo está porque el adjudicatario es un sucesor en el usufructo, un nuevo deudor responsable con todo su patrimonio. Contra el adjudicatario no puede alegar derechos derivados de la culpa aquiliana del ejecutado, pero el rematante responde de los deterioros y usurpaciones anteriores al remate que hayan alterado la sustancia de la cosa, en razón a que, como el primer usufructuario, está obligado a restituír los bienes, al concluír el usufructo, en el estado material y jurídico en que se hallaban al comenzar el mismo. No puede pedir que se le reembolsen los gastos hechos para la conservación ordinaria ni para satisfacer las cargas inherentes a los frutos que haya satisfecho en vez del usufructuario ejecutado; en cuanto a sus desembolsos, se origina un vínculo estrictamente personal, y la obligación de reembolsar, que no es inherente al derecho y que nace al anticipar el gasto el

---

(1) V., más atrás, n. 314.

propietario, no se transfiere con aquél. Pero puede exigir que se subsanen los efectos que haya producido la falta de reparaciones o una descuidada custodia en la conservación de la cosa; estas obligaciones ya las habrá el adjudicatario tomado en consideración al tasar el derecho que va a adquirir, y serán deducidas del precio; pero si no las tasa exactamente, no por ello queda menos obligado. Tampoco puede el propietario exigir del adjudicatario el equivalente de los gastos de conservación extraordinaria y de las cargas inherentes a la propiedad que pueda él haber anticipado y correspondan al tiempo en que el ejecutado disfrutó; pero sí esos equivalentes o contraprestaciones referentes al período en que le corresponda el disfrute; y por último, puede exigirle también que formalice inventario si no lo hizo el ejecutado, y que afiance, a menos de mediar dispensa, en vez de una renuncia que tiene sólo carácter personal.

364. Si no me equivoco, los principios expuestos en el número anterior dan la clave para resolver la debatida cuestión acerca de los derechos de los acreedores del usufructuario legal, que se reproduce en los mismos términos acerca de los derechos de los acreedores del marido que disfruta los bienes dotales. Se ha de negar que el usufructo legal y el disfrute de la dote puedan salir de los patrimonios respectivamente de los padres o del marido; que los acreedores puedan embargarlos y hacer efectivo su valor sacándolos de su patrimonio, porque al padre y al marido le han sido asignados como instrumentos de las funciones familiares reservadas al titular; se induce la negativa con carácter general partiendo de la regla especial que exceptúa de los usufructos susceptibles de hipoteca el de los ascendientes, y que no enumera entre los bienes capaces de hipoteca, los inmuebles de que disfruta el marido. Ahora bien; estos derechos son el fundamento de la adquisición de los frutos, y los frutos constituyen elementos independientes del patrimonio. ¿Dejarán de ser también garantía para los acreedores? ¿Cabrá reconocer que el padre y el marido son dueños de apropiárselos y no utilizarlos en beneficio de la familia, sino en sus necesidades propias o en sus caprichos personales, y que pudiendo dejar incumplidos los fines para los que se les dió el derecho de disposición de ellos, están autorizados para invocar las obligaciones que no hayan cumplido o hayan cumplido mal, al solo efecto de enervar las acciones de quien trata de recobrar lo suyo, o de quienes han confiado en ellos? Pero ¿cabe que el padre o el marido traicionen la confianza que se ha puesto en ellos al investirlos de tales cargos y que, después de invo-

carlos para salvar los frutos, continúen menospreciando sus deberes y esos frutos salvados los utilicen para cosa muy distinta que las necesidades familiares? A las razones morales y sociales que impiden que prospere semejante opinión, hay que agregar una de naturaleza jurídica: el padre tiene el usufructo y el marido el disfrute de los bienes dotales; adquieren la propiedad de los frutos; están obligados a cumplir las obligaciones contraídas con todo lo que les pertenece. El fin para el que les fué atribuído aquel usufructo o aquel disfrute, no les faculta para modificar o limitar el derecho mismo reconocido, o sirve sólo para que el derecho resulte fuera de sus poderes de disposición. Ni los hijos ni la mujer tienen derecho a que, en conformidad a este fin, se inviertan los bienes cuyo goce tiene el padre o el marido; iría contra la libertad de acción de que se ha querido dotar al cabeza de familia, un derecho semejante, que podría ejercerse pidiendo estrecha cuenta de su inversión, porque esa libertad también forma parte del fin perseguido con la atribución del derecho. Pensar que porque la dote es inalienable y no cabe disponer del disfrute del marido y del usufructo de los padres, la dote esté jurídicamente adscrita a los intereses de la familia y los bienes del hijo menor a los intereses de éste, es prescindir del régimen de las relaciones familiares estatuído por el Código, que se apoya precisamente en la libertad de acción del jefe, moderada únicamente por el derecho que asiste a la mujer para pedir la separación de su dote y por el derecho asimismo de solicitar que se declare la extinción del usufructo legal, y sustituír dicho régimen por un sistema completamente distinto que erigiría la dote y los bienes de los hijos menores en un patrimonio autónomo, regido por su propio destino; convirtiendo al jefe de la familia en un administrador de dicho patrimonio.

Pero *si el fin en virtud del cual se asigna al marido el disfrute y el usufructo al padre, no acarrea una modificación real a la eficacia de la atribución, a virtud de ésta el padre y el marido asumen nuevas obligaciones*, y del cumplimiento de estas obligaciones responden ante los hijos y la mujer. Así lo preceptúa un texto legal, que he examinado en lugar oportuno, por lo que atañe al usufructo legal: el precepto que ordena que son inherentes a éste los gastos de manutención, educación e instrucción del hijo (núm. 1 del art. 230); y aparece indirecta, pero seguramente también, para la dote, de la definición que da de ella el artículo 1.388, declarando que la constituyen los bienes entregados al marido para levantar las cargas matrimoniales; y resulta asimismo del texto del artículo 1.423, que impone a la mujer que haya obtenido la declaración de separación

de la dote, el que contribuya, proporcionalmente a la cuantía de la misma, a los gastos domésticos y a los de educación de la prole. Se trata de obligaciones nuevas, que se añaden a aquellas que al marido incumben respecto de la mujer (art. 132) y a los padres respecto a los hijos (art. 138); y se van aumentando proporcionalmente a las rentas que obtiene el uno de los bienes dotales, y el otro de los bienes de los menores, las obligaciones que independientemente de esto une la ley a la existencia misma de los vínculos familiares. A las obligaciones del padre usufructuario corresponde un derecho de los hijos propietarios; a las obligaciones del marido que disfruta de la dote, un derecho no sólo de la mujer, sino de los hijos también, de la familia entera, a cuyo sostenimiento tiene que atender con la dote.

Ahora bien, si el derecho de los hijos propietarios es un mero derecho de obligación, lo es para con el padre en cuanto éste posee el usufructo; y no puede tener menor fuerza y tutela menos eficaz que la que tienen los demás derechos de obligación del propietario para con el usufructuario. En el número anterior he probado que en la relación entre usufructuario y propietario corrientes, la seguridad de los derechos de obligación correspondientes al segundo no es resultado de prelación alguna conferida frente a los demás acreedores, sino de la reserva que se hace de sus derechos con respecto a los adquirentes del usufructo. El propietario está sometido a las reglas de la concurrencia de créditos cuando se proceda ejecutivamente contra los frutos; si su crédito, a virtud de esa concurrencia, no se cubre, puede dirigirse contra el derecho mismo de usufructo, y el crédito, en cuanto es inherente a éste, queda sustraído a la renovación del concurso, para reproducirse luego contra el adjudicatario. Los acreedores extraños podrán cobrarse del valor de los frutos, quedando sin cobrar parcialmente el propietario; pero quedan excluídos al liquidarse el importe del usufructo, y el propietario se halla ya solo frente al adjudicatario, o expuesto acaso a tener que concurrir con los acreedores de este último, y quizás obligado a proceder a la eliminación también de éstos mediante nuevo juicio ejecutivo y nueva liquidación. Y como esta forma de tutela no es aplicable a los derechos de obligación de los hijos propietarios contra el padre dueño de un derecho intransferible, y cuyo valor, por lo tanto, no puede liquidarse, se necesita una protección distinta, porque de otra suerte dejarían de ser obligaciones inherentes al usufructo.

En las obligaciones comunes al usufructo ordinario y al usufructo

legal, esto es evidente. ¿Cabe que un acreedor extraño del padre usufructuario pueda cobrarse de los frutos antes y sin que con el valor de éstos hayan sido satisfechos los gastos de reparación y las cargas de la cosa usufructuada? O ¿cabe que el reembolso de esos gastos y estas cargas esté sujeto a las reglas del concurso de acreedores y que se reduzcan tales dispendios en proporción a la cuantía de los créditos concurrentes? Indudablemente, no; cierto que *la inseparabilidad de las obligaciones de que se trata del derecho de usufructo, produce el efecto de que su satisfacción constituya una condición para que puedan ser atendidos los demás acreedores, salvo reconocimiento legal de un derecho de prelación.* Pero están equiparados a estos desembolsos los gastos de manutención, educación e instrucción, y por ello también deben ser satisfechos antes que lo sean los acreedores del padre usufructuario.

Esta preferencia, por lo demás, que limita el derecho de los acreedores al remanente que exista después de cubiertas las cargas, únicamente está justificada respecto a los acreedores personales del padre; pero no con relación a aquellos otros créditos cuyo origen probado sean cosas suministradas en interés de los hijos. Si se ha atendido más liberalmente que lo que consentían las rentas de sus bienes a la manutención y educación de los mismos, y en su virtud contraído deudas, o si se han dilapidado las rentas en otros fines, y acudido al crédito para atender a aquéllos, *el acreedor, al alegar su propio derecho, representa el derecho de los hijos;* y el pago que solicita constituye precisamente la satisfacción de las cargas inherentes al usufructo paterno; pero no hay en nuestro sistema legislativo nada que justifique la condición especial de privilegio, haciendo que las rentas vengan como garantía de tales acreedores y en su beneficio después que los hijos han gozado del equivalente por anticipado.

Estas conclusiones son de aplicar también al régimen jurídico de los derechos que tienen los acreedores del marido sobre los frutos de la dote. Pueden embargar, desde luego, los frutos; pero cuando frente a ellos se presenta el derecho de la mujer propietaria para que se le resarza de los menoscabos que han sufrido los bienes dotales o se le reembolse de las cargas inherentes a los frutos, los derechos de la mujer y de la prole a que se provea a sus necesidades vitales, y las obligaciones correlativas a tales derechos, como inherentes al disfrute marital, deben ser satisfechos con el valor de los frutos antes de pagar a los demás acreedores. Y para el ejercicio de tales derechos no es necesario que intervenga la mujer o un tercero en representación de los intereses de la prole, sino que corresponde

hacerlo al marido, al padre deudor como cabeza de familia, y en interés de ésta, para limitar el alcance del procedimiento ejecutivo y aun de las medidas conservatorias que insten los acreedores. De ahí la necesidad de señalar qué parte de los frutos es indispensable para el cumplimiento de las obligaciones inherentes al usufructo y cuál es precisa, sobre todo, para las atenciones domésticas; cosa que está en contradicción innegable, e inevitable, con aquella libertad de acción que en nuestro sistema legislativo se reserva al cabeza de familia para regir el patrimonio de ésta; pero la contradicción es parcial y no destruye el principio de tal libertad.

El conocimiento y resolución de la autoridad acerca de esta gestión, la determinación de cuáles sean las necesidades de la familia y los medios de atender a ellas, sólo procederá cuando surja el conflicto entre la familia y los acreedores del marido y no se aplicará más que a la solución de tal conflicto. También se ha dicho que esa conclusión anula la premisa, porque después de reconocer en principio el derecho de los acreedores sobre los frutos de la dote, se les niega al tratar de proteger contra ellos completamente los derechos de la familia; ésta, no sólo tiene derecho a que una parte de las rentas sea invertida en interés suyo, sino a que se inviertan todas. Pero esto no es cierto y la libertad del jefe de familia queda, en cambio, a salvo cuando se reconoce que únicamente hasta un cierto punto está sujeto al juicio de una autoridad externa en la inversión de las rentas; o mejor dicho, cuando se reconoce en el caso de conflicto con los acreedores, que el juicio no recae sobre la inversión de las rentas, sino sobre las necesidades de la familia, y del rédito se tiende a asegurar para estas necesidades una parte variable con arreglo a las circunstancias, entre las cuales tienen importancia capitalísima las obligaciones contraídas por el marido.

Deja de haber limitación de los derechos de los acreedores, si se trata de créditos contraídos en interés de la familia por suministros hechos a la misma; pues no hay que convertir la protección de los derechos que la familia tiene a que se atienda a sus necesidades con las rentas dotales, en un privilegio que conserve íntegras dichas rentas después de haberse atendido esas necesidades con anticipos de los ingresos. Justifícase ampliamente la distinción que se hace entre los acreedores que confiaron en el marido personalmente (y que no debieron ignorar que quedaban expuestos a que se esgrimiera contra ellos el destino que tienen los bienes dotales), y aquellos otros a cuyo favor se han contraído los créditos por haber contribuído a que se alcanzaran los fines a que estaba adscrita la dote: éstos tienen de-

recho a cobrar de las rentas dotales como representantes de aquellos mismos derechos familiares que por su medio fueron atendidos.

365. La primera de las conclusiones a que hemos llegado por esta nueva vía, tuvo en su favor en lo referente a las rentas dotales a los escritores del Derecho común y fué doctrina corriente en la época de DE LUCA, que no vacila en deducir un corolario al que hay que hacer ciertas reservas en la nueva ordenación que ha recibido la separación de la dote; afirma en efecto que *si vero vir bona dotalia non possideat nec administret sed ex aliquo accidenti utrumque sit penes mulierem, ut frequenter contigit in casu quo viro ad inopiam vergente fiat locus dotis assecurationi, adhuc tamen sui debeant esse fructus, adeout illi qui onerum supportationem excedunt, eiusdem viri, vel etiam suorum creditorem commodo cedere debent* (1). Para el reconocimiento de un límite al derecho de los acreedores (2), se ha esgrimido más bien que una razón jurídica, el predominio de los derechos de familia y el interés de asegurar su sostenimiento; sin distinguir entre aquellos créditos que tienen por causa probada el interés de la familia, y los demás; transformándose de esta suerte en un privilegio lo que respecto a la segunda clase de acreedores no es más que el resultado lógico de su concurrencia con los derechos de familia. FABER (3), propuso una distinción diversa entre el derecho de los acreedores a los frutos pendientes y el derecho a los frutos percibidos de los bienes dotales; reconociendo éste en cuanto a la porción únicamente que corresponda al marido, como equivalente de los gastos hechos en su producción; y reconociendo aquél sin otra limitación que la de la parte reservada a las necesidades de sustentación de la familia; esa distinción ha sido frecuentemente desfigurada por los escritores y por los fallos que la invocaban. Pero con justicia se ha dicho que no protege ni los derechos de los acreedores ni los de la familia. No defiende los primeros porque los acreedores tendrían que aplazar las providencias de conservación y ejecución hasta el momento mismo en que fuesen percibidas las rentas, o sea cuando era fácil sustraerlas; y tampoco los de la familia, porque aun después de percibidos los frutos, tiene derecho a que se inviertan las rentas con arreglo a su destino.

(1) *Theatr. Iust. ac Ver., Dotium Summa*, n. 367. Cfr. nn. 412-413.

(2) Cfr. la exposición de FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, cl. VI, gl. II, p. 2.ª, nn. 6 y ss.; y DE FRANCHIS, *Decisiones*, d. 617.

(3) *Codex Fabrianus*, l. V, t. VII, *de jure dot.*, def. 38.

He iniciado el desarrollo de esta compleja cuestión repitiendo que el usufructo legal no es un derecho que pueda salir del patrimonio del titular, como no puede salir tampoco de él el disfrute del marido. Apoyándose en varios fallos (1), se ha afirmado con significación distinta la intransmisibilidad del usufructo legal, y negado también la eficacia obligatoria de los contratos de enajenación celebrados por el usufructuario con respecto a los frutos que se hayan de percibir, y con mayor razón, con respecto a aquellos en que se transmita el disfrute de los bienes del hijo; pero tal opinión debe rechazarse. Si el padre es dueño de disponer de los frutos recogidos, una vez levantadas las cargas inherentes al usufructo, no puede ser ineficaz el contrato que señale a la propia conducta venidera la norma que puede libremente en lo futuro seguir. Ahora bien, sólo podrá hacerlo dentro de límites variables, a compás de las necesidades del hijo, de la cuantía de los medios necesarios para subvenir a ellas, y de la cuantía misma de las rentas; pero en esa esfera dispone de plena libertad y puede obligarse. Por eso el derecho al disfrute de los bienes o a la prestación de los frutos por percibir que constituya a favor del cesionario, es un derecho que en su existencia y extensión está condicionado, y que no se podrá ejercitar cuando cese el usufructo (2), ni podrá tampoco alegarse íntegramente cuando en todo o en parte sea obstáculo para la satisfacción de las cargas inherentes al usufructo (3). Y con la consecuencia además de que si hay cesiones posteriores, pueden las de fecha última ser ineficaces total o parcialmente, sin que estén obligados todos los cesionarios a contribuír (4) al cumplimiento de las cargas inherentes al usufructo si los anteriores hubieran dejado margen suficiente para ello.

Está conforme con esta primera opinión la que declara lícitos la traba y embargo de las rentas del usufructo legal en la parte que

---

(1) Apel. Roma, 10 mayo 1882 (*Foro*, 1882, 825); Cas. Palermo, 1.° febrero 1898 (*Legge*, 1898, 1, 445); Apel. Milán, 21 enero 1902 (*Legge*, 1902, 2, 231).

(2) Deduzco de ello la facultad del cesionario de personarse en el juicio que se siga para declarar decaído de su derecho de usufructo al padre, y para impugnar la sentencia que así lo declare cuando haya sido consecuencia de connivencia o colusión. Cfr. el fallo del Trib. de Apel. de Roma citado en la nota anterior.

(3) En este sentido, Cas. Nápoles, 25 mayo 1883 (*Legge*, 1883, 2, 230), y Apel. Catania, 29 marzo 1897 (*Legge*, 1897, 2, 341).

(4) Apel. Roma, 6 julio 1881 (*Foro*, 1882, 41).

exceda al cumplimiento de las obligaciones inherentes a él (1). Indudablemente tiene el padre personalidad como jefe de la familia para exigir que se limite la traba o el embargo a esta parte; el hijo menor, con la asistencia de un curador especial, puede asimismo oponerse a un embargo excesivo, y también el Ministerio fiscal en beneficio de aquél. En razón a lo expuesto, hay que rechazar la opinión contraria, que excluye completamente la traba y secuestro de aquellas rentas (2); en tanto que quien sostiene la transmisibilidad del usufructo legal, y por consiguiente la posibilidad de que dirijan contra él la ejecución los acreedores, en buena lógica debiera decidir que esa acción fuera ilimitada en punto a las rentas; y que subastado el usufructo, las cargas todas a él inherentes pasaran al adjudicatario, como en el usufructo corriente (3).

Mayor discrepancia aún hay entre la doctrina y la jurisprudencia acerca de las cuestiones análogas que se plantean con motivo de la disponibilidad de las rentas dotales. Conforme a la doctrina que hemos propugnado, se ha resuelto que la cesión voluntaria y parcial de las rentas es válida, a condición de que baste el remanente para levantar las cargas matrimoniales (4); por el contrario, a veces

---

(1) PROUDHON, 219-220; MARCADÉ, ad art. 385, n. 2; DEMOLOMBE, VI, 528-529; MATTIROLO, *Diritto giudiziario*, V, 713 y ss.; GIRIODI, en la *Legge*, 1902, 2, 231; Cas. Nápoles, 23 octubre 1867 *(Annali*, 1867, 222); Apel. Casale, 12 septiembre 1868 *(Temi Casal.*, I, 341); Apel. Lucca, 13 enero 1875 *(Annali*, 1875, 105); Apel. Catanzaro, 13 julio 1877 *(Legge*, 1877, 1, 821); Cas. Nápoles, 18 mayo 1882 *(Legge*, 1882, 1, 370); Apel. Milán, 26 febrero 1889 *(Foro*, 1889, 826), y Cas. Palermo, 16 diciembre 1897 *(Foro*, 1898, 160).—Este es el precepto que consagra legislativamente el Reglamento de procedimiento civil germánico conforme a las modificaciones introducidas por la ley de 5 de junio de 1905, § 862; el derecho de disfrute que corresponde al padre, no puede ser embargado; lo que puede embargarse son los frutos que se adquieran en razón de este derecho, en cuanto no sean necesarios al levantamiento de las cargas que le son inherentes.

(2) RICCI, I, 353; CESAREO CONSOLO, *Espropriaz. contro il debitore*, II, 82 y ss.; Apel. Catania, 31 diciembre 1887 *(Foro*, 1888, 294), y Cas. Palermo, 28 agosto 1888 *(Foro*, 1888, 998).

(3) El traspaso de las cargas al adjudicatario lo reconocen PROUDHON, 221; CHARDON, *Tr. de trois puiss.*, II, 108; GENTY, 331; LAURENT, IV, 328, y BIANCHI, VII, 251; pero los escritores franceses citados opinan que también cabe alegar la prelación a favor de los hijos en vía ejecutiva y sobre las rentas.

(4) AULETTA, en el *Foro*, 1883, 341; Apel. Génova, 28 octubre 1887 *(Eco Trib. Gen.*, 1887, 337).

se ha declarado que es válida ilimitadamente (1); y recordando la distinción de FABER, se ha admitido la validez en cuanto a las rentas vencidas y la nulidad en cuanto a las por vencer (2).

Así también, frente a una numerosa serie de escritores y de fallos que admiten, conforme al principio que sostengo—y que encuentra otro argumento, al que en vano se ha querido quitar importancia, en el derecho de oponerse a la separación de la dote (art. 1.442)—, la embargabilidad y secuestrabilidad de las rentas en la parte que excedan de lo necesario para sostener las cargas matrimoniales (3), otros lo niegan resueltamente (4), no faltando quienes lo rechacen respecto a las rentas no vencidas (5), ni tampoco, por último, quienes lo admitan sin limitación alguna (6).

---

(1) Cas. Nápoles, 26 mayo 1898 (*Foro*, 1898, 832).

(2) Apel. Bolonia, 30 diciembre 1893 (*Foro*, 1894, 151).

(3) MARCADÉ, ad art. 1.554, IV; AUBRY y RAU, § 535, nn. 32-34; PAOLI, *Dote*, n. 43; MATTIROLO, V, 708 y ss.; PUPPA, en el *Foro*, 1886, 1.160; AULETTA, en el *Foro*, 1883, 341; en duda, BORSARI, §§ 3.405-3.406; Cas. Turín, 27 julio 1874 (*Giur. it.*, 1874, 627); Apel. Roma, 1.° julio 1882 (*Foro*, 1883, 341); Cas. Roma, 5 abril 1883 (*Foro*, 1883, 257); Cas. Nápoles, 28 junio 1883 (*Foro*, 1883, 1.234); Apel. Catania, 31 diciembre 1885 (*Giur. Cat.*, 1886, 7); Cas. Florencia, 27 febrero 1893 (*Foro*, 1893, 576); Cas. Nápoles, 3 octubre 1896 (*Gazz. proc.*, 1896, 122); Cas. Palermo, 26 abril 1898 (*Giur. it.*, 1898, 862); Cas. Palermo, 19 julio 1893 (*Foro*, 1898, 1.344); Cas. Palermo, 31 diciembre 1906 (*Foro*, 1907, 227).—Así el § 861 del Ordenamiento procesal civil germánico. Cfr. n. 1, p. 829. El marido tiene aquí también personalidad como cabeza de familia para oponerse a un embargo exagerado, pero la mujer puede suscitar oposición con independencia de él.

(4) RICCI, VII, 33; CHIRONI, *Questioni di dir. civ.*, cuestión XIX; MIRABELLI, *Dir. dei terzi*, II, ps. 338 y ss.; LESSONA, *Sequestro conservativo*, n. 64 (en el *Digesto it.*); STELLA, *Antologia giuridica*, 1896; Cas. Roma, 29 mayo 1883 (*Foro*, 1883, 386); Cas. Nápoles, 5 junio 1885 (*Foro*, 1886, 856); Cas. Nápoles, 6 septiembre 1887 (*Foro*, 1888, 71); Cas. Turín, 28 octubre 1888 (*Foro*, 1889, 94); Cas. Roma, 8 noviembre 1894 (*Foro*, 1894, 1.245); Cas. Roma, 5 enero 1895 (*Foro*, 1895, 316); Cas. Roma, 31 diciembre 1896 (*Giur. it.*, 1897, 71); Cas. Nápoles, 9 diciembre 1907 (*Mon. Trib. Mil.*, 1908, 288).

(5) Cas. Turín, 21 mayo 1900 (*Foro*, 1900, 1.156); Apel. Catania, 14 diciembre 1903 (*Giur. Catan.*, 1904, 4). Distinto es el fallo del Trib. de Apel. de Aquila, 24 marzo 1890 (*Giorn. Giur.*, 1890, 385) que reconoce la posibilidad de embargar lo que rebase y atribuye presuntivamente tal carácter a las rentas vencidas y no cobradas. Lo mismo hace el Trib. de Apel. de Catania, 25 septiembre 1893 (*Giur. Cat.*, 1893, 213).

(6) TROPLONG, *Contrat de mariage*, 3.283; LAURENT, XXIII, 483 y

El que el embargo sea reconocido ilimitadamente cuando el origen del crédito radica en un suministro hecho a favor de la familia, se encuentra en diversos fallos (1) también, y con más motivo aún ha sido reconocido ilimitadamente respecto a los créditos cuya causa fué la constitución misma de la dote (2).

No es éste el lugar apropiado para estudiar cómo a consecuencia de los efectos asignados a la separación de la dote, queda negado todo derecho de los acreedores del marido sobre las rentas después que se haya decretado semejante separación (3), ni cómo hay que negar, constante matrimonio, toda clase de derechos de los acreedores personales de la mujer sobre las rentas de la dote, sin distinguir entre créditos anteriores y posteriores al matrimonio (4), y concediendo a los primeros únicamente la acción de revocación por fraude (5).

BIANCHI, *Raporti patrim. fra i coniugi*, 151-145 y *Contratto di matrim.*, nn. 200-204; GALLUPPI, *Dote*, 115; CESAREO CONSOLO, *Espropriazione*, II, 59 y ss.; BIONDI, en la *Legge*, 1894, 1, 606; Apel. Casale, 13 julio 1885 *(Foro*, 1886, 903); Apel. Trani, 20 febrero 1886 *(Foro*, 1886, 563); Cas. Turín, 1.° marzo 1887 y 31 mayo 1887 *(Giur. tor.*, 1887, 380 y 373); Cas. Palermo, 16 diciembre 1899 *(Foro*, 1900, 286); Cas. Palermo, 25 noviembre 1902 *(Foro*, 1903, 219); Cas. Florencia, 4 julio 1904 *(Foro*, 1904, 1.931), y Cas. Palermo, 18 octubre 1905 *(Foro*, 1906, 87).

(1) Apel. Génova, 4 junio 1889 *(Temi gen.*, 1889, 662); Cas. Roma, 31 diciembre 1896 *(Giur. it.*, 1898, 71); Cas. Palermo, 26 abril 1898 *(Foro sic.*, 1898, 398); v. también la sentencia, ya citada, del Trib. de Cas. de Turín, 21 mayo 1900 *(Foro*, 1900, 1.156).

(2) Como fuente de renta que percibe el marido y que está sujeta al impuesto sobre riqueza mobiliaria cuando no procede del disfrute de fundos: Cas. Roma, 13 abril 1901 *(Legge*, 1901, 1, 722).

(3) Cas. Palermo, 17 abril 1894 *(Legge*, 1894, 2, 47); recuérdese la resolución distinta recogida por DE LUCA en el caso de la *assecuratio dotis* (v., más arriba, al principio de este número).

(4) Como han hecho erróneamente el Trib. de Cas. de Palermo, 17 febrero 1894 *(Foro*, 1894, 376) y el de Apel. de Macerata, 26 octubre 1893 *(Foro*, 1895, 101).

(5) V. MARCADÉ, ad art. 1.554, t. IV. La cuestión se ha complicado inútilmente mezclándola con la relativa a la eficacia de la constitución de la dote sobre bienes inmuebles independientemente de la transcripción. En el proyecto de ley acerca de la transcripción (presentado por SCIALOJA) se dispone que a los acreedores de la mujer no puede oponérseles la relación jurídica dotal si no ha sido transcrita.

366. **Para señalar el alcance de la responsabilidad en que incurre el causante de una pérdida, es necesario señalar el *valor probable* del usufructo, así como de todos los demás elementos patrimoniales; la determinación del *valor real* se presenta tan sólo en el acto** de cambio o a causa del cambio mismo. Es necesario siempre que haya que acudir, salvo cuando haya contrato, a señalar la relación en que está el usufructo con el valor probable de la propiedad. El propietario y el usufructuario venden conjuntamente el usufructo, o se expropia o ejecuta en perjuicio de ambos; ¿en qué proporción participan del equivalente los vendedores y en qué proporción los acreedores del propietario y del usufructuario? Es necesario asimismo para formar la masa hereditaria cuando comprenda bienes gravados con usufructo, a fin de fijar la parte de libre disposición. Es necesario para determinar si exceden y en cuánto exceden de la parte libre el usufructo o la nuda propiedad que hayan sido objeto de la liberalidad; bien sea para reducirlas porque no se quiera o no se pueda recurrir a las previsiones del art. 810 (a), en caso de concurrir legados de usufructo y de pleno dominio; bien sea para marcar el grado de admisibilidad de una sucesión parcial *ab intestato* de los hermanos y hermanas que concurran con los ascendientes legitimarios (1). Es necesario para imputar en la legítima el usufructo legado o donado, o para realizar la imputación del pleno dominio legado o donado en el usufructo adquirido *mortis causa;* y es necesario, finalmente, cuando haya que colacionar el usufructo donado.

En tres disposiciones distintas hay en la ley criterios para determinar el valor del usufructo. Una, el art. 79 del Cód. de Proc. civil, al señalar la competencia en las contiendas judiciales sobre el usufructo o la nuda propiedad de los bienes inmuebles, la fija por razón del valor de la cosa multiplicando por 50 el impuesto a favor de la Hacienda, y multiplicando por 100 cuando el pleito versa sobre el pleno dominio. La segunda disposición es la del artículo 663 del propio Código procesal, que exige del acreedor que inste la ejecución del usufructo contra la nuda propiedad de bienes inmuebles, que ofrezca un precio superior a treinta veces el impuesto, y sesenta cuando de la propiedad plena se trate, siempre que el acreedor no prefiera que preceda la tasación de los bienes ejecutados (2). La tercera es la que hemos estudiado en el lugar oportuno

---

(a) [Art. 820, n. 3.° del Cód. esp.]

(1) V. t. I, nn. 145-147.

(2) El art. 663 faculta al acreedor para proceder a la tasación de los bie-

al ocuparnos de la ley de derechos reales y transmisión de bienes, que liquida la transferencia del usufructo a base de la mitad del valor íntegro de los bienes, si el usufructo es de duración indeterminada o no inferior a diez años, y el usufructuario no ha cumplido cincuenta; lo computa en una cuarta parte si la duración del usufructo es menor de diez años, y el usufructuario tiene menos de cincuenta, y si el usufructo es por menos de diez años, hace la cuenta a base de tantos vigésimos del valor de los bienes como años de duración tenga el usufructo, pero nunca más del cuarto cuando el usufructuario haya cumplido los cincuenta años (a).

Se ha dicho muchas veces que los criterios señalados en la ley del impuesto de Derechos reales hay que seguirlos en cuantos casos haya que tasar el usufructo (1). También se ha dicho que, apartándose de estos criterios, se infringiría el artículo 3.° de las Disposiciones preliminares (b), que exige atenerse al sentido legal y prohibe acudir al corriente y común cuando aquél dé solución (2). No hay tal cosa en absoluto. El artículo 3.° exige que se atiendan las disposiciones legales que rigen en casos semejantes o materias análogas cuando no haya una disposición legal precisa que pueda decidir la controversia; ahora bien, las disposiciones legales pueden resolver

---

nes en vez de ofrecer el precio calculado según el impuesto. Si al dirigirse contra el usufructo elige esta forma, es necesaria también la tasación con arreglo a las normas que vamos a exponer inmediatamente.

(a) [Nuestra ley del impuesto de derechos reales (texto refundido de 28 febrero 1927) dispone que el valor del derecho de usufructo, a los efectos de dicho impuesto, se reputará, en los usufructos temporales, proporcional al valor total de los bienes, en razón de un 10 por 100 por cada período de cinco años, sin exceder nunca del 70 por 100; y en los usufructos vitalicios, se estimará igual al 70 por 100 del valor total de los bienes, cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, e irá decreciendo, a medida que aumente su edad, en la proporción de un 10 por 100 menos por cada diez años más, siendo, en todo caso, el límite de esta regresión el 10 por 100 (art. 5.°, regla 6.ª). V. su desenvolvimiento en el Reglamento de 26 marzo 1927, art. 66. Los mismos tipos se aplican hoy para regular el impuesto del timbre en las escrituras, ya que la ley que lo rige (Real Decreto-ley de 11 mayo 1926, art. 16, núm. 11) se limita a referirse a la legislación del impuesto de derechos reales.]

(1) RICCI, II, n. 133; Trib. Florencia, 23 enero 1871 (*Legge*, 1871, 1, 744); Cas. Turín, 24 agosto 1892 (*Mon. Trib. Mil.*, 1893, 22); Apel. Palermo, 16 marzo 1900 (*Mon. Trib. Mil.*, 1900, 454).

(b) [Cfr. art. 6.° Cód. civ. esp.]

(2) Trib. Roma, 9 marzo 1898 (*Mon. Trib. Mil.*, 1898, 357).

únicamente las consecuencias jurídicas de un hecho declarado o la regulación de un hecho comprobado, por una y no por otra norma; pero no la incertidumbre de hecho que puede motivar una controversia, y la duración del usufructo es una incertidumbre de hecho. Habría que demostrar previamente que la ley quiso eliminar esta incertidumbre de hecho fingiendo una proporción constante entre el valor del usufructo y el de la propiedad; y solamente entonces cabría decir que la tasación del usufructo había que hacerla a base de la norma que señalara para una hipótesis singular dicha proporción; es decir, que el usufructo, a virtud de la ficción de la proporcionalidad con el dominio, deba suponerse valorado en la forma señalada para aquel caso especial. Pero esto, precisamente, es lo que no hay medio de afirmarlo; pues si es evidente la conveniencia de que los motivos fiscales no peligren ante la posible variedad de las tasaciones, y el evitar todo retraso y los gastos que él ocasiona (tanto en interés del Fisco como de los particulares), no puede inducirse de la norma establecida para la distribución del impuesto un principio general que limite el arbitrio privado al hacer las evaluaciones cuando están en juego intereses particulares. Con tanto más motivo cuanto que el criterio de la ley fiscal no coincide con el que ha seguido el Código de procedimiento en la determinación del valor del usufructo, inspirándose también en razones de orden público. Aquélla lo equipara a un valor que oscila entre el vigésimo y la mitad del pleno dominio; ésta, para señalar la competencia, lo equipara a la mitad. Más insostenible aún es la tesis expuesta en alguna sentencia de que el valor legal del usufructo, o al menos el del usufructo inmobiliario, consiste en la mitad del valor íntegro del inmueble libre, confundiendo así de una manera extraña los criterios seguidos para tres casos distintos por las disposiciones legales citadas (1). Ni finalmente es admisible que no existiendo en nuestro Derecho una norma general sobre la valoración del usufructo, se retroceda a la que preveía una importante ley romana para fijar la cuantía del legado de anualidad o de usufructo al efecto de señalar la cantidad que había que reservar al heredero (2). La norma que

---

(1) Apel. Catania, 9 abril 1874 *(Circ. giur.*, V, 230); Apel. Nápoles, 10 mayo 1879 *(Gazz. proc.*, XIV, 334); Apel. Florencia, 24 marzo 1908 (*Temi*, 1908, 122).

(2) A esta ley, la l. 68 *ad l. Falc.*, XXXV, 2, quieren que se recurra el Trib. de Ap. de Catania, 3 de abril 1875 *(Giur. it.*, 1875, 606), y el de Apel. de Catanzaro, 22 marzo 1888 *(Mon. Trib. Mil.*, 1889, 110).

daba ULPIANO y a que se refería Emilio MACRO en su comentario a la ley del impuesto sobre las sucesiones, se funda en la probabilidad de la duración del usufructo en la forma en que podía ser *imaginada*, pero no calculada en aquella época; por ello sería absurdo recurrir hoy a ella so pretexto de limitar el arbitrio del Juez renunciando a los elementos que para evaluarla nos ofrece la moderna demografía (1).

Por consiguiente, para precisar el valor, hay que confiar a peritos tanto la determinación de la renta que procuran los bienes gravados con usufructo, como el señalamiento de la duración probable de éste (2). Cuando se ha señalado la renta de un objeto o finca—la

(1) De una publicación de la Dirección General de Estadística *(Movimiento de la población en el año 1902*, Roma, 1904), tomo algunos datos acerca del promedio de vida, que cotejo con la ley citada:

EDAD	VIDA PROBABLE			EDAD	VIDA PROBABLE			EDAD	VIDA PROBABLE			EDAD	VIDA PROBABLE		
	Ulpiano — Años	Tabla de 1902 Años	Tabla de 1902 Meses		Ulpiano — Años	Tabla de 1902 Años	Tabla de 1902 Meses		Ulpiano — Años	Tabla de 1902 Años	Tabla de 1902 Meses		Ulpiano — Años	Tabla de 1902 Años	Tabla de 1902 Meses
												75	5	5	—
0	30	52	11	25	28	43	2	50	10	21	5	76	5	4	7
1	30	60	10	26	25	42	4	51	9	20	7	77	5	4	3
2	30	62	2	27	25	41	5	52	9	19	9	78	5	4	—
3	30	62	2	28	25	40	7	53	9	18	11	79	5	3	8
4	30	61	7	29	25	39	8	54	9	18	2	80	5	3	5
5	30	60	11	30	25	38	10	55	9	17	3	81	5	3	2
6	30	60	1	31	22	38	—	56	7	16	6	82	5	3	—
7	30	59	4	32	22	37	1	57	7	15	9	83	5	2	11
8	30	58	5	33	22	36	2	58	7	15	—	84	5	2	8
9	30	57	5	34	22	35	4	59	7	14	2	85	5	2	5
10	30	56	8	35	22	34	5	60	7	13	5	86	5	2	2
11	30	55	8	36	20	33	6	61	5	12	8	87	5	2	1
12	30	54	10	37	20	32	8	62	5	12	—	88	5	1	11
13	30	53	11	38	20	31	10	63	5	11	4	89	5	1	10
14	30	52	11	39	20	30	11	64	5	10	7	90	5	1	10
15	30	52	—	40	20	30	—	65	5	10	—	91	5	1	9
16	30	51	1	41	19	29	2	66	5	9	5	92	5	1	8
17	30	50	2	42	18	28	4	67	5	8	10	93	5	1	8
18	30	49	3	43	17	27	5	68	5	8	3	94	5	1	7
19	30	48	5	44	16	26	7	69	5	7	9	95	5	1	7
20	30	47	6	45	15	25	5	70	5	7	1	96	5	1	6
21	28	46	8	46	14	24	11	71	5	6	8	97	5	1	6
22	28	45	10	47	13	24	—	72	5	6	3	98	5	1	4
23	28	44	11	48	12	23	2	73	5	5	10	99	5	1	1
24	28	44	—	49	11	22	3	74	5	5	5	100	5	—	6

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Dist. dei beni*, 439; Apel. Catania, 3 abril 1875 *(Giur. it.*, 1875, 606); Apel. Nápoles, 31 enero 1876 *(Foro*, 1876, 131); Apel. Milán, 6 septiembre 1887 *(Mon. trib. Mil.*, 1888, 285); Cas. Turín, 30 mayo 1888 *(Mon. trib. Mil.*, 1888, 907); Apel. Roma, 17 junio 1890 *(Temi rom.*, 1890, 169); Apel. Turín, 18 marzo 1899 *(Mon. trib. Mil.*, 1899, 526) y Apel. Mesina, 11 julio 1901 *(Temi sicil.*, 1901, 294).

renta cuya duración constante o media puede prefijarse con las variaciones previsibles—, de ella se saca, capitalizando a un tipo correspondiente al que suelen hacerse las inversiones en aquella clase de bienes, el valor en cambio que obtendría probablemente su propiedad. Para deducir el valor del usufructo en un determinado momento, hay que concretar además la duración probable del usufructo y averiguar qué capital, invertido a un cierto tipo de interés compuesto, durante el tiempo que se ha calculado de vida al usufructo, representa el importe que tendrían las rentas o ingresos procurados por el mismo si se hubieran acumulado e invertido de igual modo a interés compuesto (1). Los peritos son, por tanto, llamados a pronunciarse, primero sobre la cuantía y sobre la constancia y variaciones de la renta, y después acerca del tipo de capitalización, de igual suerte que hacen cuando tasan la propiedad. Además, deben calcular la probabilidad media de duración del usufructo, la duración que hay un 50 por 100 de probabilidades de alcanzar, y tener en cuenta asimismo, tanto el resultado general que suministran los cálculos fundados en las tablas de mortalidad (2), como las

---

(1) Llamando a este capital U, si, conforme al tipo adoptado, una unidad de capital aumenta en un año r y asciende a $(1 + r)$, importa, al término de n años,

$$U (1 + r)^n.$$

La renta anual a, capitalizada al final del primer año, asciende, al concluír n años, a $a (1 + r)^{n-1}$; capitalizada la renta al final del segundo, al concluír el usufructo sube a $a (1 + r)^{n-2}$; capitalizado al final del penúltimo, a $a (1 + r)$, y equivale a a la renta del último. La suma de estas anualidades capitalizadas, es la suma de una progresión geométrica decreciente de n términos, de los cuales a es el último, y el cociente $(1 + r)$; equivale a

$$a \frac{\{(1 + r)^n - 1\}}{r};$$

y si

$$U (1 + r)^n = \frac{a \{(1 + r)^n - 1\}}{r}$$

$$U = \frac{a \{(1 + r)^n - 1\}}{r (1 + r)^n}.$$

(2) El citado fallo del Trib. de Apel. de Turín, de 19 de marzo de 1899 dice que hay que acudir a las reglas seguidas por las sociedades de seguros de

correcciones que hay que hacer en ellas a causa del estado de salud y otras condiciones del usufructuario y del plazo señalado en el título constitutivo del usufructo. Y reuniendo estos tres elementos, han de calcular el valor probable del usufructo; *el valor que probablemente obtendría en venta si hubiese la seguridad de disfrutarlo todo el tiempo de su probable duración.* No hay por qué reducir este valor, aunque la eventualidad de que dure más de lo que se le asigna como término probable no se suela estimar suficiente en el comercio ordinario social para contrabalancear el riesgo contrario de que sea inferior la duración, y por ello no sea fácil que en vista de la incertidumbre se mantenga dicho valor en cambio: no se trata de señalar el importe que obtendría probablemente el usufructuario si de una sola vez enajenase su derecho, sino el valor que obtendría probablemente o que podría realizar vendiendo las rentas; y, por consiguiente, queda sin eficacia sobre la tasación la resistencia del comercio en general a correr aquel albur (1).

---

vida. Hay que advertir que estas reglas se fundan en cálculos de supervivencia de personas elegidas, y representan una menor probabilidad general de la calculada según los estados de movimiento de toda la población.

(1) También puede obtenerse una fórmula para el valor de la nuda propiedad N, partiendo de la que expusimos en la nota 1 de la p. 724. N es igual al valor del pleno dominio, esto es, al capital que con la renta a está en la relación misma de la unidad con la razón r; por consiguiente, a un capital igual a $\frac{a}{r}$ menos el valor del usufructo.

$$N = \frac{a}{r} - \frac{a \left\{ (1 + r)^n - 1 \right\}}{r\,(1 + r)^n}.$$

El valor de la nuda propiedad puede fijarse también directamente buscando el capital N, que con la razón indicada ascienda en n años a $\frac{a}{r}$:

$$N = \frac{a}{r\,(1 + r)^n}.$$

¿Qué cuota x del valor de la propiedad constituye el usufructo? Se obtiene igualando la relación de x con la unidad y la relación entre los dos valores de usufructo y propiedad:

$$x : 1 = \frac{a \left\{ (1 + r)^n - 1 \right\}}{r\,(1 + r)^n} : \frac{a}{r}.$$

Los acreedores del usufructuario, que no pueden contar más que con el valor realizable de la enajenación del usufructo, obtienen un beneficio con la enajenación conjunta del usufructo y de la nuda propiedad, y la porción de valor total señalada con el método expuesto es superior al valor que obtendrían con la enajenación por separado del usufructo. Pero de este beneficio participan los acreedores del propietario, que indudablemente obtendrían algo menos si se vendieran los bienes subsistiendo la carga del usufructo, y por eso no hay que tomar en cuenta tal diferencia (1).

De donde resulta

$$x = \frac{(1 + r)^{n} - 1}{(1 + r)^{n}}.$$

¿Cuándo será superior el valor del usufructo y cuándo será inferior a la mitad del valor de la propiedad?

En el primer caso tendremos:

$$\frac{1}{2} < \frac{(1 + r)^{n} - 1}{(1 + r)^{n}}.$$

En el segundo,

$$\frac{1}{2} > \frac{(1 + r)^{n} - 1}{(1 + r)^{n}}.$$

De la primera desigualdad obtendremos:

$$2 < (1 + r)^{n}.$$

De la segunda,

$$2 > (1 + r)^{n}.$$

Por consiguiente, el usufructo excede o no a la mitad del valor de la propiedad según que la unidad, más su interés anual, elevada a una potencia igual al número de años de duración del usufructo sea o no superior a 2.—Tomando la razón del 3 % y haciendo $r = 0{,}03$, es inferior a la mitad del valor de la propiedad el usufructo que dura veintitrés años y superior el que dura veinticuatro. Con la razón del 4 % es inferior a la mitad cuando dura diez y siete años el usufructo y superior cuando dura diez y ocho; con la razón del 5 % el usufructo de catorce es inferior a la mitad y superior el de quince; con la razón del 7 %, es ya superior a la mitad el usufructo de once años.

(1) La cuestión está tocada con vaguedad en el fallo citado del Trib. de Apel. de Roma de 17 de junio de 1890.

Puede ocurrir que durante el juicio en que se tasa el usufructo, se resuelva la eventualidad en que se funda el cálculo de probabilidades de su duración (1). Esto no influye por sí en la tasación, que debe surtir efecto con auxilio de los elementos que había, pero también de los que hubiera podido haber en el momento de constituirse la relación jurídica que origina dicha tasación (2). Por otra parte, se ha resuelto que tasando el usufructo instituído, se atiende al beneficio obtenido efectivamente por el obligado a colacionar, que se determina *ex post facto*, sin atender a la edad del usufructuario ni al valor de los bienes (3). Pero quien discierne el usufructo, no discierne sólo el goce habido, sino el derecho que se le había asignado, lo cual permite ampliar el disfrute después de la apertura de la sucesión.

---

(1) Puede ocurrir también durante la ejecución la muerte del usufructuario y de esta suerte variar la cosa sobre la cual exige el Código la oferta del precio. Con razón se ha resuelto que puedan modificarse las condiciones de los edictos para las subastas, subsistiendo los efectos de la sentencia; Apel. Bolonia, 17 de mayo de 1895 (*Mon. giur. Bol.*, 1895, 161). Pero en cambio, a base del valor del usufructo continúan regidas las relaciones entre los acreedores del propietario y del usufructuario, cuando sobrevenga la muerte de éste después de haberse efectuado la subasta con motivo de la ejecución; v. Apel. Florencia, fallo cit. en la n. 1 de la p. 722.

(2) A este propósito, v. el caso interesante resuelto por el Trib de Cas. de Turín en la sentencia citada en la nota 2 de la p. 723. Se trataba de señalar la parte libre habiendo en cuenta el usufructo que sobre los bienes legados correspondía a la madre del testador. Hubo de ordenarse una pericia médica para decidir si la usufructuaria se hallaba enferma de tal gravedad que cupiera presumir su próxima muerte, y murió antes de realizarse aquélla. El Trib. de Apel. hubo de resolver que la tasación se hiciera con los datos existentes al abrirse la sucesión; el Trib. de Cas. declaró que había que tomar en consideración una causa preexistente de muerte que hubieran dado a conocer los peritos.

(3) Cas. Nápoles, 5 junio 1899 (*Mon. trib. Mil.*, 1900, 87).

LIBRO V

EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

SUMARIO: 367. Orden de exposición. — 368. Muerte del usufructuario. — 369. Extinción del usufructo de personas jurídicas. — 370. Destrucción de la cosa usufructuada. — 371. Consolidación. — 372. Eficacia relativa de la consolidación en sus aspectos pasivo y activo. — 373. Efectos de la consolidación sobre las obligaciones del usufructuario y sobre sus derechos a ser reintegrado de cantidades por el propietario. — 374. Nulidad y resolución de la consolidación. — 375. Plazo extintivo. — 376. Desuso. — 377. Desuso y prescripción adquisitiva. 378. Privación del usufructo a causa de abusos cometidos. — 379. Resolución del acto constitutivo del usufructo y del título del constituyente. — 380. Extinción del cuasiusufructo. — 381. Efectos fiscales de la extinción del usufructo. — 382. Extinción del usufructo legal.

367. El usufructo es esencialmente un derecho temporal, y por ello debe extinguirse transcurrido un plazo desde su constitución. La ley fija como término la muerte del usufructuario o el transcurso de treinta años desde la constitución si el usufructo es a favor de una persona jurídica. El usufructo es esencialmente también un derecho real, y por ello debe extinguirse cuando la cosa que es su objeto quede destruída. El usufructo además es en esencia un derecho limitativo de la propiedad, y por ello cesa cuando la persona que puede ejercitar semejante limitación, deviene la misma contra la cual habría que alegarla. Estas son las causas *necesarias* de la extinción del usufructo. De la voluntad del constituyente depende la extinción en cuanto que ella fija el término de duración atribuído al derecho. De la inactividad del titular deriva la pérdida después del desuso de treinta años. Finalmente, existe la privación del usufructo que puede decretar la autoridad judicial; último recurso de los derechos que tiene el propietario a la conservación de la sustancia de la cosa en caso de abusos que en el disfrute se cometan. Examinaremos en los números siguientes, y por el orden indicado, estas causas de extinción, enumeradas en los arts. 515 y 516 del Có-

digo civil (a); y veremos después cómo puede producir la extinción del derecho constituído la resolución del título que atribuía al constituyente la propiedad. Terminaremos estudiando los efectos fiscales de la extinción del usufructo y las causas de extinción del usufructo legal.

368. El principio que establece la extinción del usufructo a la muerte del usufructuario, es un precepto de orden público que la voluntad de las partes no puede derogar; ni puede, sobre todo, modificarse predeterminando un plazo cierto o incierto distinto de la muerte del instituído, pues con ello se produciría la abreviación del usufructo si el plazo se cumpliera antes de dicha muerte, pero no cabría prorrogarlo más allá de ella; de modo que si la muerte precede al término, inmediatamente se extingue el usufructo (1). Así aparece con precisión absoluta del orden en que enumera las causas de extinción del usufructo el art. 617 del Cód. francés al ordenar, ante todo, que el usufructo se extinga con la muerte del usufructuario, antes de mandar que se extinga al expirar el tiempo por que fué creado; con lo cual se hace de la muerte una causa de extinción independiente de la voluntad de las partes. En el mismo orden están señaladas las causas de extinción en el art. 515 de nuestro Código (b), aun cuando respecto a su valor pueden suscitarse dudas ateniéndose exclusivamente a la letra del 476, ya que al hablar del derecho de usufructo dice que estará regido por el título, en primer

(a) [El Cód. esp. enumera los modos de extinguirse el usufructo en el artículo 513, prescindiendo de la privación por abuso, e incluyendo, en cambio, la renuncia del usufructuario. La sentencia de 1.° octubre 1919 declaró que la intención de un testador que legó el usufructo de ciertos inmuebles mientras estuvieran en poder de sus herederos, fué favorecer a éstos «concediéndoles la importante facultad de vender las fincas aun en vida de los usufructuarios, determinando que la enajenación fuese una nueva causa de extinción del usufructo, aparte de las enumeradas en el art. 513 del Cód. civ., que deben considerarse como subsistentes, por no implicar derogación de las mismas y sí una adición a ellas la causa especial de extinción establecida por el testador». Pero, en realidad, como advierte MANRESA (p. 529), no se trata aquí de una causa nueva de extinción del usufructo, sino de una condición resolutoria o plazo incierto incluída en el número 2.° del art. citado.]

(1) V. Apel. Catanzaro, 15 febrero 1872 (*Gazz. trib. Gen.*, XXIV, 1, 217); Cas. Nápoles, 5 agosto 1871 (*Giur. it.*, 1871, 580); Apel. Bolonia, 5 agosto 1895 (*Mon. giur. Bol.*, 1895, 397).

(b) [Y en el 513 del español.]

lugar, y afirma el carácter supletorio de los preceptos legales, salvo que se disponga otra cosa (a). Pero si en el 515 no hay un párrafo que afirme su carácter imperativo, no cabe duda que se ha querido fijar un límite temporal al usufructo independientemente de la voluntad de las partes; pues así aparece ya, y por un plazo mucho más breve de la duración máxima de la vida humana, establecido en el 518 (b) para el usufructo de las personas jurídicas (1); y, caso necesario, tendría confirmación en nuestro Derecho, con sólo ver la prohibición del usufructo sucesivo impropio a más del propio (2). La doctrina es casi unánime en este sentido, y la jurisprudencia, unánime, desde luego (c); recuérdase sólo que en los primeros tiem-

---

(a) [Cfr. el art. 470 del Cód. esp., redactado con menos generalidad que su correspondiente del italiano, pues no se refiere expresamente a toda la reglamentación del usufructo, sino sólo a los *derechos y obligaciones del usufructuario*.]

(b) [Art. 515 del Cód. esp.]

(1) Con más claridad que en el correspondiente art. del Cód. franc.; éste dice que el usufructo *ne dure que* y el 518 dice *non può eccedere la durata di*.

(2) V. el t. I, nn. 18, 136 y ss.

(c) [No es tan unánime la doctrina española. NAVARRO AMANDI *(Cuestionario del Código civil reformado*, t. II, p. 261) y SÁNCHEZ ROMÁN *(Estudios*, t. III, p. 599) aceptan la opinión común en la doctrina extranjera de que la muerte del usufructuario concluye el usufructo aun cuando no haya terminado el plazo de su duración fijado en el título constitutivo, por exigirlo así el carácter personal que es propio de esta relación jurídica. Pero MANRESA *(Comentarios*, t. IV, p. 525 de la 4.ª edic.) y también, al parecer, DE DIEGO *(Apuntes de Derecho Civil*, primer curso, cuaderno 4.º, p. 160), entienden que el usufructo constituído por un determinado número de años o con condición resolutoria subsiste aun después de la muerte y se transmite a los herederos, fundándose: a) en que hay que respetar la voluntad de los interesados, que es la ley primordial del usufructo; b) en que el carácter personal de éste no es absoluto, como lo prueba el estar permitida al usufructuario la enajenación de su derecho; c) en que así fué admitido—a pesar de que antes del Código el usufructo era realmente intransmisible—por la sentencia de 13 abril 1861. Hay una opinión intermedia, seguida al parecer por SCAEVOLA *(Código civil*, t. VIII-IX, ps. 1.083 y ss. de la 3.ª edic.) y VALVERDE *(Tratado*, t. II, p. 477 de la 3.ª edic.) según la cual para que la muerte no termine el usufructo, es preciso que se pacte expresamente la prórroga o duración del mismo aun después de aquélla, pues si sólo se establece un plazo sin hacer esa salvedad, regirá la norma ordinaria de extinción del usufructo por la muerte del usufructuario. El T. S. acepta esta última posición en su sentencia de 1.º de octubre de 1919, en la que declara que establecido por un testador un legado de

pos de aplicación del Cód. franc. hubo quien sostuviera lo contrario, pues algunos (1) defendían que el usufructo podía durar, si tal era la voluntad de las partes, hasta expirar el plazo, por el que podía contratarse la enfiteusis a tenor de la ley de 29 de diciembre de 1790, esto es, durante noventa y nueve años, a contar de su constitución, y algún otro (2) creyó que podía disponerse su transmisibilidad a los herederos del usufructuario por el dicho plazo de treinta años fijado para la duración del usufructo de las personas jurídicas (3).

Sobre la justicia de este precepto legal parece que a FADDA (4) se le ocurren algunas dudas, cuando dice que si bien un usufructo perpetuo y de larga duración puede acarrear un daño al propietario, no daña a la sociedad, ni daña a la institución de la propiedad; y que, antes bien, semejante usufructo podía ser más ventajoso socialmente que el instituído por un plazo corto e incierto, puesto que únicamente hay que esperar una administración previsora y prudente que dedique grandes capitales y obras para dar mayor productibilidad a la cosa, de quien cuente con seguridad sobre el disfrute futuro para sí y para los suyos. Pero esta afirmación, lanzada bajo la impresión de las discusiones habidas al prepararse el Código alemán acerca de la duración del usufructo de las personas jurídicas, está incomprensiblemente contradicha en párrafos posteriores, cuando se reconoce que ello presupone un régimen de usufructo completamente distinto del marcado en la ley; un régimen que no imponga al usufructuario la obligación de conservar el destino económico de la cosa; que no le exima de la carga de las obras de conservación extraordinaria; que no le reconozca derecho al reembolso de estos gastos si quiere sufragarlos, sino mediante una acción de enriquecimiento; con lo cual, aunque pudiera ser socialmente ven-

---

usufructo sobre unas fincas por el tiempo en que estuviesen en poder de sus herederos, no cabe sostener que haya de subsistir el usufructo ínterin los herederos no enajenen los bienes, aun en el caso de que fallezcan antes los usufructuarios puesto que «el usufructo es un derecho eminentemente personal por su naturaleza, extinguible por la muerte del usufructuario, a no ser que por excepción el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas».]

(1) DUCAURROY, BONNIER y ROUSTAING, II, 223.

(2) DEMANTE, II, 461 *bis*, 489 *bis*.

(3) En contra: PROUDHON, 309, 1.960 y ss.; TOULLIER, III, 449; DURANTON, IV, 661: DEMOLOMBE, X, 245, 668; AUBRY y RAU, § 228, n. 3; LAURENT, VII, 56; PACIFICI-MAZZONI, 636, etc.

(4) *Il limite di tempo nell'usufrutto delle persone giuridiche* (en las *Atti della Acc. R. di Napoli*, t. XXXIV).

tajosísimo, se crearía un usufructo perpetuo, pero que ya no sería usufructo. Las críticas sobre la limitación vitalicia del usufructo, se resuelven en consideraciones acerca de los inconvenientes económicos y sociales que van unidos a la existencia misma de la institución (1), y no dejan entrever una solución que, sin quitar a la propiedad misma su razón de existencia, y ampliando la libertad del usufructuario frente al propietario, respete la función que tiene el usufructo (2) en nuestro Derecho y en los sistemas legislativos de una gran parte del mundo civilizado.

Si el usufructo no puede tener más duración que la de la vida del titular, cuando en el mismo acto constitutivo se instituye a varios (a) hay otros tantos derechos distintos, que quedan en vigor hasta la muerte del titular. En el lugar respectivo hube ya de demostrar ampliamente que no es posible instituír en el usufructo a varios en un acto mismo, cuando de legados y donaciones se trata, sino en la forma de un usufructo conjunto, que para los llamados *mortis causa,* y no para los donatarios, determina la extensión del derecho que el individuo obtiene por vía de acrecimiento aun después de la muerte de los conjuntos en la vocación (3). También he demostrado que cabe instituír un usufructo a título oneroso sobre la cosa misma a favor de varios, uno después de otro, es decir, uno después de la muerte de otro (4); y que es admisible asimismo reservarse el donante el usufructo y llamar después de él a una o más personas conjuntamente (art. 1.074) (c); es imposible, en cambio, tanto a título oneroso como lucrativo, la institución y la reserva, por vía de detracción, de un usufructo a favor de una persona y sus herederos, salvo los efectos de la institución y deducción a favor de los legitimarios, que les hace adquirir un derecho de usufructo subordinado a la condición de que sobrevivan (5). Si hay institución

---

(1) Sobre los cuales, v. el t. I, n. 110.
(2) V. también el t. I, n. 15.
(a) [V. arts. 521 y 787 del Cód. esp.]
(3) V. el t. I, nn. 132, 136 y ss., 157, 158 (b).

(b) [Cfr. la doctrina de la sentencia de nuestro T. S. de 29 marzo 1905, acerca de la extensión de un legado en usufructo constituído simultáneamente a favor de dos personas.]

(4) V. el t. I, n. 161.
(c) [Comp. art. 640 del Cód. esp.]
(5) V. el t. I, n. 159.

o reserva de usufructo a favor de varios, dura hasta la muerte del último de los favorecidos, pero dura a favor del último de entre ellos. El que obtiene su derecho mediante cesión hecha por el primero de los que mueren de entre los instituídos, no puede pretender conservarlo después de su muerte; y para oponerse a la acción reivindicatoria del propietario, tiene que invocar, no la existencia de los otros como un límite que decida del derecho que se le ha cedido, sino el derecho de usufructo de los demás y la voluntad de ellos de reproducir la cesión en su favor (1).

La muerte, aunque sea producida voluntariamente, extingue el usufructo; no hay razón alguna para que persista en el disfrute el cesionario de un usufructuario suicida; en cambio, la hay para que continúe el cesionario de un usufructuario que renuncia; por la sola voluntad del titular no puede quedar privado del derecho que ha adquirido; pero el hecho de la muerte lo priva de él aun cuando la voluntad sea su causa (2).

La muerte del usufructuario beneficia al propietario, aunque éste sea el causante de ella. Ningún derecho se le transfiere a él por sucesión del usufructuario; y, por tanto, son inaplicables las reglas relativas a la indignidad para suceder. Claro está, que el efecto económico de recobrar el usufructo se neutraliza con la responsabilidad en que incurre el propietario homicida, bien respecto de los herederos del usufructuario, bien respecto al cesionario y a los acreedores del mismo.

El propietario que aspire a la libertad de sus bienes por muerte del usufructuario, debe probar ésta. En nuestro Derecho es desconocida la presunción legal de muerte (a) (3); y en la imposibilidad de prueba directa, el propietario no puede obtener el reconocimien-

---

(1) El fallo del Trib. de Apel. de Palermo, de 11 de agosto de 1893 *(Circ. Giur.*, 1894, 29), es equívoco a este respecto.

(2) Apel. Turín, 2 mayo 1859 *(Giur. it.*, 1859, 2, 449).

(a) [Lo contrario sucede en el Cód. esp., arts. 191 y ss.]

(3) La ley de 12 de enero de 1909 ha creado una verdadera presunción de muerte respecto a los desaparecidos con los terremotos de Calabria-Sicilia. La ley de 2 de julio de 1896 reconoció una presunción de muerte para los desaparecidos en la guerra de África, pero sólo valía para los efectos de las pensiones a sus familias, y la ley de 11 de julio de 1904 no la ha ampliado más que a la apertura de su sucesión (b).

(b) [Posteriormente, el R. D. de 15 agosto 1919 ha introducido y regulado en Italia la presunción de muerte para los desaparecidos en la guerra.]

to de la extinción del usufructo mediante simples presunciones. Cierto que puede reclamar que se le dé la posesión provisional a título de propiedad libre del usufructo, con la declaración de ausencia (art. 26), y que en los casos y condiciones señalados por los artículos 36 y 38, dicha posesión se considere como definitiva; salvo el derecho del ausente usufructuario a ejercitar el usufructo recuperando los bienes, a menos que haya transcurrido el tiempo necesario para prescribir aquél por desuso (1).

369. También se extingue el usufructo cuando deja de existir (2) la persona jurídica a cuyo favor se constituyó, bien suceda esto por supresión decretada por el Estado, bien porque haya alcanzado el fin para que se constituyó o no haya posibilidad ya de lograrlo, bien por la baja unánime o la voluntad conforme de todos los miembros. Pero las transformaciones que puede experimentar una persona moral no afectan a su individualidad jurídica, por lo cual subsiste investida de los derechos patrimoniales adquiridos, y, por por tanto, del de usufructo. En el caso de fusión o agregación de municipios, subsiste la personalidad jurídica del municipio agrega-

---

(1) La extinción del usufructo a causa de la *capitis deminutio minima*, está explicada en el Derecho romano, porque la atribución del usufructo al hijo de familia significaba atribuirlo al padre y durante la vida del padre; a virtud del ingreso y de la salida en la relación familiar de los instituídos, no podía persistir el usufructo sin convertirse en un derecho de duración diversa contra la intención del constituyente. Más tarde, pudo determinarse la duración con arreglo a la vida del instituído, aun cuando no fuese *sui juris*, y para protegerlo contra el principio jurídico que sancionaría con la extinción la *capitis deminutio*, surgió la *repetitio usus fructus*, o sea la adición al legado de uno o de tantos otros legados condicionados y referentes al mismo objeto, cuantas pudieran ser las *capitis deminutiones* del llamado. Después hubo de llegarse a conseguir los mismos efectos agregando al legado la cláusula *quoad vivet*, hasta que Justiniano hubo de limitar la extinción a aquellas *capitis deminutiones* que originaban la pérdida de la libertad o de la ciudadanía. Cfr. ELVERS, § 75 y BUONAMICI, sobre el *ususfructus repetitus*. Todo esto pertenece a la historia; como a la historia pertenece también la extinción del usufructo a causa de la muerte civil del usufructuario (art. 617 del Cód. francés—v., sobre ello, PROUDHON, 1.969—2.031), desaparecida también en Francia al abolirse la muerte civil por ley de 31 de mayo de 1854.

(2) MOD., 21, *quib. mod.*, VII, 4; *si ususfructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usumfructum.*

do, aun cuando desaparezca su autonomía administrativa (1). Pero de todas suertes, según el texto invocado del art. 518 (a), el usufructo de una persona jurídica no puede exceder de treinta años (2).

El Derecho justinianeo fijaba en cien años la duración del usufructo legado a los municipios (3); fué DOMAT (4) quien propuso limitarla a treinta. FADDA, en la obra citada en el número anterior, quiere reivindicar para el Derecho romano clásico el discutible mérito de haber excluído toda clase de límites de tiempo al usufructo de las personas jurídicas, anticipándose al régimen del Código austriaco (§ 529) y del alemán (§ 1.061) que le asignan el tiempo de vida de la persona. Es de notar, que los argumentos esgrimidos en la discusión del Proyecto de Código alemán contra esas limitaciones no atañen al derecho de usufructo, sino al de uso, y a un derecho de uso harto distinto del regido por el Código y que se asemeja al uso cívico (5). La persistencia del uso cívico y la del uso público perpetuo, no se niega en nuestro régimen jurídico civil si se fundan en leyes anteriores a la promulgación del Código (6), aun cuando aquellas consideraciones que en especiales condiciones de cultura suscitan dudas acerca de la oportunidad de abolir los usos cívicos y sustituirlos por la propiedad colectiva, carecen de eficacia para justificar que los usos cívicos puedan crearse *ex novo* y que se multipliquen los conflictos entre los intereses que satisfacen y los de la propiedad (7). Pero admitiendo el usufructo perpetuo, la propiedad se nie-

(1) GENTY, 267.

(a) [Cfr. art. 515 del Cód. esp.]

(2) La intangibilidad de este precepto aun dentro del sistema del Código Napoleón, la reconoce también la gran mayoría de la doctrina francesa: MARCADÉ, ad art. 617, IV; DEMOLOMBE, X, 244; ZACHARIÆ, § 230, n. 5; AUBRY y RAU, § 228, n. 4, etc.; v., por lo demás, en sentido opuesto: PROUDHON, 331; DURANTON, IV, 668; DUCAURROY BONNIER y ROUSTAING, II, 223; TOULLIER, II, 337; VAZEILLE, *Prescrip.*, I, 362 (b).

(b) [En igual sentido, SCAEVOLA, p. 1.096.]

(3) GAYO, 56, *de us.*, VII, 1; *de us. leg.*, XXXIII (c).

(c) [V. en Derecho español, ley 26, tít. 31, Partida 3.ª]

(4) *Lois civiles*, I, tít. XI, 96.

(5) GIERKE, *d. Entwurf ein. Bürg. Gesetzb. u. d. Deutsche R.*, p. 360.

(6) V. el t. I, nn. 69, 80.

(7) V. el t. I, n. 79, y todo el c. III del l. I.

ga a sí misma, según frase precisa de JHERING (1). Ahora bien; la norma que impide la constitución de él y consolida de nuevo la propiedad plena, es de orden público; y por ello están sujetos a la limitación en cuanto al tiempo los usufructos mismos que con el carácter de perpetuos se constituyeron al amparo de las leyes anteriores (2).

No quiero entrar en las críticas de las interpolaciones que FADDA descubre en los pasajes de GAYO, puesto que haciendo también un esfuerzo para discutir su autenticidad, otro autor (3) niega que GAYO admitiese la constitución del usufructo a favor de los *municipes*. Pero por su importancia dogmática no puedo callar una de las razones que expone FADDA contra la existencia del límite de tiempo en el Derecho clásico: la admisibilidad del legado perpetuo de anualidades a un ente moral, comprobada en varios pasajes de las fuentes (4). FADDA no encuentra diferencia alguna entre el legado de ciento al año para invertirlo en los *ludi*, y el legado del usufructo de un fundo que produjera al año ciento destinado a igual fin. El fundamento de la diferencia consiste en que ante un derecho personal la propiedad mantiene un contenido efectivo, aunque las utilidades económicas que la cosa es susceptible de producir las absorba por completo la obligación que incumbe al propietario; pero superponiendo un derecho real, que asegure perpetuamente la facultad de obtener de la cosa sus productos íntegros, la propiedad queda sin contenido. No cabe discutirlo hoy que el Derecho vigente reconoce el legado perpetuo de anualidad, y, sin embargo, prohibe rigurosamente el usufructo perpetuo (5).

---

(1) *Vermischte Schriften*, ps. 149 y ss.

(2) Apel. Venecia, 8 abril 1873 (*Legge*, 1873, 829). Los usufructos a favor de personas jurídicas constituídos al amparo de leyes que autorizaban la duración por más de treinta años, quedan sujetos también a esta limitación, aun cuando contados, no desde que se constituyeron, sino desde que comenzó a regir el nuevo precepto: Apel. Casale, 15 marzo 1889 (*Giur. Casale*, 1889, 157).

(3) DI MARZO, en el *Boll. dell'Ist. di dir. rom.*, t. XIV, p. 122.

(4) MOD., 6, *de ann. leg.*, XXXIII, 1; SCAEV., 20, § 1, *eod.*; MARC., 24, *eod.*

(5) V. ya PROUDHON, 58, 331; así Apel. Nápoles, 30 junio 1877 (*Gazz. proc.*, XII, 345). FADDA señala también una hipótesis de RICCOBONO, según la cual, el contenido originario del usufructo se concretaba a la apropiación de los frutos de la *res aliena*, pero no asignaba en realidad la cosa. De esta suerte se atenuaría la diferencia, pero aún sería menos concebible el usufructo

El campo de aplicación del principio limitativo del art. 619 del Cód. franc. está señalado negativamente al hablar de la duración del usufructo *«qui n'est pas accordé à des particuliers»*. El artículo 518 se refiere a los «municipios y otros entes morales», y, por tanto, a las personas jurídicas de Derecho público exclusivamente (a) (1). No creo que suscite dudas la posibilidad de constituír un usufructo a favor de una sociedad mercantil, de una sociedad cooperativa, o de una sociedad civil por acciones, y no encontraría tampoco dificultad en reconocer la duración del usufructo hasta que se disolviera la sociedad colectiva o comanditaria simple, siempre que la duración del usufructo mismo no exceda de la vida de los socios ilimitadamente responsables que existan en el momento de constituirse aquél; y el usufructo durará tanto como la sociedad, si no media el pacto previsto en el art. 191 del Cód. de Com. (b), que niega la disolución a causa de la muerte de un socio; pero durará, a pesar de este pacto, mientras vivan los otros. Así sucederá, al menos, cuando traiga origen de un legado testamentario que el instituído esté llamado a aceptar cuando se haya convertido en irrevocable y cuyo destino sea susceptible, por tanto, de una interpretación más libre; entonces se puede ampliar a las personas que son socios al abrirse la sucesión y que forman el substrato de la personalidad jurídica de la sociedad pudiéndose considerar llamados a disfrutar el usufructo conjuntamente mientras perdure el vínculo social. Cuando la duración del usufructo no tiene este límite, y, por lo tanto, siempre que se constituya a favor de una sociedad comanditaria por acciones o de una anónima, y también cuando se cree en favor de una sociedad colectiva o comanditaria simple por acto *inter vivos*, y no pueda interpretarse como constituído en favor de los socios actuales mediante la sociedad, debe aplicarse por motivos de estricta analogía el límite

---

perpetuo, y desaparecerían los fundamentos que para sostener sus ventajas económicas y sociales encuentra FADDA, y a las que me he referido en el número anterior. Pero sobre estas conjeturas, no me dan elementos bastantes las noticias que proporcionan FADDA y otros. De todas suertes, quedaría inmutable el carácter que ha asumido el usufructo después de su largo y ulterior desarrollo.

(a) [El Código español habla de «pueblo o corporación o sociedad» (artículo 515). Los intérpretes entienden que es aplicable el precepto a las personas jurídicas en general (MANRESA, p. 537; SCAEVOLA, p. 1.095).]

(1) Aplicación al usufructo perpetuo instituído a favor de los arciprestes *pro tempore* de una parroquia, equivalente al usufructo a favor del beneficio parroquial: Apel. Casale, 15 marzo 1889 *(Giur. Casale*, 1889, 157).

(b) [Art. 222 del Cód. de Com. esp.]

señalado en el artículo 518 para el usufructo de las personas jurídicas y reconocer en el propietario la facultad de pedir que se declare extinguido el usufructo después de treinta años de su constitución, aun cuando no se haya disuelto la sociedad (1).

370. Ya dije en los números 233 y 234 el alcance que debe darse al párrafo último del artículo 515 (a), que dice que el usufructo se extingue «cuando la cosa sobre la que se instituyó, perezca totalmente». He recordado que la disposición igual del artículo 617 del Código francés, era susceptible de interpretarse extensivamente en relación con el 624, que recogiendo las doctrinas sacadas por DOMAT de las fuentes romanas, afirmó que cuando el usufructo se constituye únicamente sobre un edificio y éste perece, el usufructuario carece de derecho para utilizar el solar y los materiales. Nuestro Código estatuye un principio diametralmente opuesto en su artículo 520 (b); principio que ya POTHIER (2) propugnaba, contrastando con las *subtilités* de los jurisconsultos romanos, afirmando que cuando la cosa sobre que recae el usufructo se transforma en otra, que es susceptible también de prestar una utilidad, aunque ésta sea distinta de la que procuraba antes, no por ello se extingue el usufructo, sino que persiste sobre la cosa transformada. Hay que repetir que la asignación del derecho de gozar de una cosa con la obligación de conservar su sustancia, no implica de por sí la limitación de este derecho al tiempo en que la sustancia de la cosa, esto es, su destino específico, se mantiene intacto, y que sólo admitiendo la posibilidad de que persista el usufructo sobre una cosa singular cuando cambie su sustancia, puede explicarse que el usufructo de un patrimonio no vea modificada su extensión porque los objetos singulares que lo constituyen sufran transformaciones; como lo admiten, desenvolviendo los principios expuestos en las fuentes romanas, la gran mayoría de los escritores de Derecho común, a

(1) El Trib. de Apel. de Mesina, 3 septiembre 1877 (*Temi sicil.*, 1877, 158) ha aplicado el artículo 518 al usufructo otorgado a un establecimiento de crédito; el Trib. de Apel. de Venecia, en una sentencia, extraña por todos conceptos, de 9 de agosto de 1906 (*Temi*, 1906, 865) ha negado su ampliación a las sociedades mercantiles, aun a las anónimas, cuando al usufructo se le haya señalado de antemano un plazo.

(a) [Núm. 5.° del art. 513 del Cód. esp.]

(b) [Art. 517 del Cód. esp.]

(2) *Douaire*, 255.

semejanza de los autores franceses que, reconociendo como vigentes estos principios, de ellos deducen un régimen completamente distinto para el usufructo universal y para el usufructo particular (1).

De modo que lo resuelto en las fuentes romanas acerca de la extinción del usufructo por cambios de la cosa, sólo tiene valor de interpretación en cuanto a aquellos casos en que el título constitutivo imponga a la duración del usufructo una restricción no derivada necesariamente de la índole de este derecho; limitación tanto más conveniente cuanto que, autorizada la constitución del usufructo para sí y para los herederos, se llegaba entonces a separarlo de la propiedad por más tiempo del de la duración de la vida humana; pero no necesaria ahora que está restablecida con todo rigor la norma de su duración vitalicia.

Debemos aplicar literalmente el art. 515 y rechazar la extinción del usufructo cuando la cosa no quede totalmente extinguida, salvo que el título constitutivo disponga lo contrario. Esta causa de extinción del usufructo coincide perfectamente en lo referente al de inmuebles con la correspondiente causa de extinción de la propiedad (2). Sólo se extingue el usufructo cuando el fundo deja de existir como cosa susceptible de utilizarse por los particulares porque venga a ocuparlo permanentemente el río o el mar (3), pero entonces se extingue definitivamente, pues si el Derecho romano rechazaba que el usufructo continuase respecto a la pesca (4), menos aún cabe en nuestro Derecho, en que ésta es libre, salvo los derechos privilegiados establecidos al amparo de leyes anteriores (5). Y como se extingue definitivamente, no cabe pensar en que se recobre luego el usufructo, aun cuando posteriormente abandone el río el terreno ocupado y convertido en dominio público; como no se recobra tampoco en tales casos la propiedad, sino que surge una nueva por la accesión al fundo que linde con aquél que han abandonado las aguas (6). La misma avulsión y el arrastre de la parte superficial del

(1) V. p. 125, nota 3.

(2) CELSO, 2, *de us.*, VII, 1: *est ususfructus jus in corpore, quo sublato et ipsum jus tolli necesse est.*

(3) Las fuentes romanas resolvían que no se extinguiera por inundación pasajera: JAVOL., 24, pr. *quib. mod.*, VII, 4.

(4) POMP., 23, *eod.*

(5) V., más atrás, n. 243.

(6) La *restitutio* de que habla POMPONIO, 23, cit., presupone que la fuerza de las aguas haya inundado el terreno, pero no que éstas lo ocupen de una manera permanente. Los dos casos distintos explican la antinomia aparente en-

fundo, no modifican la situación jurídica que con relación al espacio ocupado por el predio se halla determinada para propietario y usufructuario. El derecho real recae sobre lo que subsiste y sobre lo que se le agrega en aquel espacio (1). Ni la propiedad ni el usufructo se extinguen tampoco porque el fundo lo cubra la lava de un volcán; ni porque el terreno se convierta en lago, o porque éste, desecado, sea transformado en campo de cultivo (2). De ello nos da una nueva prueba la participación del usufructuario en los gastos de saneamiento, según reconocen la doctrina francesa y la nuestra, robustecidas por las disposiciones legislativas y reglamentarias citadas en el Capítulo VI del Libro III. Tampoco se extingue por la roturación de un monte y su conversión en terrenos cultivables (3) ni por la destrucción del edificio, aunque no sea accesorio de una finca, sino el objeto mismo del usufructo (4). En esta última hipótesis, la ley oportunamente atiende a conciliar los intereses del pro-

---

tre las resoluciones de JAVOLENO respecto a la servidumbre de *actus* y de *via* en los fr. 24, § 1, *eod.* y 14 pr. *quemadm. serv. am.*, VIII, 6.

(1) LABEON, *ap.* JAV., 24, § 2, *eod.*

(2) En contra, las opiniones de ULP., 10, §§ 2 y 3, *eod.*

(3) En contra, también aquí, ULP., 10, § 4, *eod.* El principio de este fragmento se refiere a las transformaciones de la cosa realizadas por el testador antes de comenzar el usufructo; y según él no procede la extinción del usufructo y sólo sí la revocación de su constitución (art. 892). Cabe la duda de si las *sationes factæ* donde estaba la *silva*, deben entenderse realizadas por el testador, por el heredero o por un tercero, porque en el mismo fragmento el § 1 habla de transformación realizada por el testador y los §§ 2 y 3 se refieren a transformaciones debidas a causas naturales. Es además digno de notar que el mismo ULPIANO habla impropiamente en otro fragmento, tomado también del libro XVII *ad Sabinum* (fr. 12, *eod.*), de *ususfructus extinctio*, cuando no se trata de transformación de la cosa, sino de cambio de destino de la misma y de destino modificado por el testador; una casa de baños convertida en vivienda, o fonda, o el siervo histrión empleado en otro cargo. Me parece indudable que no sirve para extinguir el usufructo tal cambio de destino cuando el heredero lo haga antes que el usufructuario haya prestado la *cautio;* y me parece indudable, aun en Derecho romano; como me parece que no debiera admitirse en este caso la extinción, sino rechazarlo directamente, sin necesidad de recurrir a la *exceptio* de la l. 5, § 3, *eod.*

(4) Así lo dice el art. 520. En contra, el art. 624 del Cód. francés y las decisiones de las fuentes: ULP., 5, §§ 2 y 3, *eod.* Además de que las fuentes niegan la extinción, no sólo cuando el edificio es un accesorio de la finca, caso del art. 520 pr. (ULP., 8; PAULO, 9, *eod.)*, sino también cuando la finca sea lo accesorio del edificio: ULP., 10, pr. *eod.* Decisión incompatible con el principio

pietario en la reconstrucción con el derecho del usufructuario respecto al solar y los materiales, permitiéndole al primero cuando trate de construír otro edificio la ocupación del solar y utilización de los materiales, a condición de satisfacer los intereses al usufructuario. Pero si el edificio destruído constituye el objeto mismo del usufructo, el propietario no puede exigir que el usufructuario contribuya a los gastos de reconstrucción; y menos todavía puede el usufructuario reconstruír por sí y reservarse el derecho a que se le reembolse lo gastado, aun cuando sea en los límites únicamente del aumento de valor que haya obtenido (1).

Los mismos principios pueden aplicarse también a los bienes muebles y rechazar que el usufructo desaparezca cuando la cosa no haya sido totalmente destruída. Ya hube de observar que lo estatuído en el art. 513 (a) para el caso de muerte de todos los animales de un rebaño (en que no está obligado el usufructuario más que a rendir cuentas de las pieles y de su valor) presupone la apropiación de las pieles por el usufructuario y la transformación consiguiente del usufructo en cuasiusufructo sobre cosas que dejan de ser aptas para prestar utilidades repetidas y que no se pueden utilizar sino como materiales para construír otras cosas útiles (2). Si el usufructuario no debe rendir cuentas más que del valor de las pieles, no es comprensible que las rinda en el momento mismo de perecer el rebaño y antes que el usufructo se extinga conforme a la duración prevista por el título constitutivo (3); principio que no tiene excepción en el precepto ya estudiado (4) respecto a las cosas muebles rápidamente deteriorables de que trata el art. 484 (b); si el usufructuario no puede aprovecharse de los restos como lo haría el propietario, sino que está obligado a conservarlos para cuando no pueda continuar aquella utilización de la cosa en la forma anterior, esto no significa que la extinción del usufructo preceda aquí a la total extinción de la cosa, sino simplemente que la conversión del usufructo

---

del *interitus rei mutatione*, y prueba de que los jurisconsultos usaban de varios criterios para interpretar la distinta voluntad del constituyente.

(1) V. *Motivi per i Codici degli Stati Sardi*, I, 505, acerca del art. 536 del Cód. Alb., en el que está inspirado nuestro 520; cfr., más atrás, páginas 513-514 y 544-545.

(a) [Cfr. art. 499 del Cód. esp.]

(2) V., más atrás, el n. 289.

(3) Cfr., en cambio, Gayo, 30, *quib. mod.*, VII, 4.

(4) Ps. 318-319, 515.

(b) [Cfr. art. 481 del Cód. esp.]

en cuasiusufructo no puede continuar al arbitrio del usufructuario y según sus conveniencias. En el progresivo deterioro de la lencería y de los muebles, no hay un momento comprobable en que estas cosas dejen de poder prestar utilidades repetidas, como sucede cuando mueren los animales o perece el edificio o el buque.

En armonía con el principio señalado y en oposición a lo que disponían las leyes romanas (1), es necesario reconocer la persistencia del usufructo sobre la cosa unida a otra en los casos mismos en que persista la propiedad sobre ella; y que si la propiedad perece, el usufructuario participará en el derecho de crédito contra quien la adquiera a título de accesión (2). La persistencia del usufructo sobre la cosa transformada, forma la base lógica del régimen expuesto para el usufructo de los créditos, elemento patrimonial que no está destinado a perdurar en la forma jurídica que tenía al constituirse el usufructo (3). Se extingue el usufructo en caso de imposibilidad casual que sobrevenga respecto al cumplimiento de la prestación, y por la prescripción del crédito—la nulidad declarada de la obligación priva de eficacia a la constitución misma del usufructo sobre el crédito, como la verdadera resolución (4)—; pero del principio (5) de que el usufructuario participa de la atribución o pertenencia del crédito, quedan excluídas en cuanto causas de extinción del mismo que originen la del usufructo, tanto la novación que haga el propietario del crédito, como la compensación con otro del deudor para con el propietario y la confusión por reunirse en una misma persona el carácter de acreedor y deudor. Si el propietario del crédito adviene deudor del deudor, éste continúa obligado con el usufructuario, si le ha sido ya comunicada la constitución del usufructo, a

(1) ULP., 10, §§ 5 y 6, *eod.*

(2) Así lo admite también PROUDHON, 2.555. De esta transformación del usufructo sobre la cosa en un usufructo sobre el crédito, nos da, en otro terreno, un ejemplo el mismo PROUDHON (nn. 2.515 y ss.), que aun cuando sigue aferrado a la tradición romana y añade a la extinción del usufructo por destrucción física una extinción que denomina infelizmente destrucción jurídica o aniquilamiento de las funciones de la cosa, reconoce (y estoy conforme con él) que si el usufructo se constituye sobre un fundo adquirido con pacto de retroventa, el usufructuario tiene el goce del capital que pague quien ejercite el retracto, de una manera análoga a lo que ocurre cuando el usufructo grava un patrimonio en que esté comprendido este crédito condicional.

(3) V. nn. 275, 291 y ss.

(4) V., más adelante, el n. 379.

(5) V. nn. 292 y ss.

la satisfacción de intereses y a la del capital mismo, si presta fianza. Si el propietario del crédito sucede al deudor o éste al propietario, el usufructuario mantiene contra uno y otro el mismo derecho. Recíprocamente (1), si el usufructuario sucede al deudor o éste adquiere el usufructo, queda vivo el derecho de crédito y vivo también el usufructo sobre el mismo (2).

En el usufructo de derechos nos encontramos con aplicaciones distintas de la norma de que el usufructo se extingue con la destrucción total de la cosa: todos los derechos que tienen limitada duración—usufructo, renta vitalicia, arrendamiento, y sobre todo, los derechos de autor e inventor—son objeto de un usufructo que ha de extinguirse necesariamente cuando expiren aquéllos.

La doctrina francesa dominante (3), agrega, por lo general, a los casos de extinción del usufructo por perecimiento de la cosa, el de la transformación de la misma: y aun advierte que el artículo 624 apoya esta opinión sin que la contradiga el 623, correspondiente a nuestro 519 (a), que prevé el aniquilamiento de una parte homogénea al todo, y reconoce la conservación del usufructo sobre la parte restante, siempre que tenga igual sustancia, el mismo destino específico que tenía la cosa usufructuada. Por lo demás, no lo aplica con el rigor lógico de los jurisconsultos romanos; y como tiene que reconocer necesariamente, a tenor del texto del artículo 616 (Código it., art. 513) (b), la conservación del usufructo sobre los animales que formaban parte del rebaño perecido parcialmente y que ya ha dejado de serlo (4), está conforme en admitir la persistencia del usufructo sobre las cosas singulares transformadas, cuando aquél se constituye sobre un patrimonio o sobre una parte alícuota de él (5); si bien algunos reconocen la mayor equidad de la doctrina de POTHIER (6) y al desarrollar la teoría de DOMAT concluyen diciendo que la solución se ha de dictar caso por caso, investigando según las circunstancias la intención que presidió a la constitución del

---

(1) Es el caso del usufructo de deuda; v. p. 398.

(2) V. CICU, *Estinzione dei rapporti giuridici per confusione* (Sassari, 1908), p. 90.

(3) PROUDHON, 2.537 y ss.; DEMOLOMBE, 700 y ss.; LAURENT, VII, 65 y ss.; AUBRY y RAU, ad nn. 16 y ss.

(a) [Y al art. 514 del Cód. esp.]

(b) [Cód. esp., art. 499.]

(4) DEMOLOMBE, X, 708.

(5) PROUDHON, 2.545; DEMOLOMBE, X, 704; LAURENT, VII, 66.

(6) LAURENT, VII, 65.

usufructo (1). PACIFICI-MAZZONI (2) reproduce la exposición de la doctrina francesa y opina que los artículos 513 y 520 no bastan para justificar el abandono del sistema romano y para negar la extinción motivada por la transformación de la cosa, pero de ello induce que el espíritu de la ley es contrario a reconocer la extinción del usufructo por esta causa.

Según la doctrina expuesta (3), aparece indudable la posibilidad de la extinción del usufructo por la transformación voluntaria de la cosa, sin necesidad de que lo disponga expresamente así el título constitutivo, sino que basta generalmente que quepa descubrir la intención del constituyente de señalar un límite eventual ulterior a la posible duración del usufructo, y que declare extinguido éste cuando se realice, si se realiza, la transformación de la cosa.

371. La tercera causa de extinción del usufructo, se presenta cuando una misma persona reune el carácter de usufructuario y de propietario. El efecto de esta reunión se designa técnicamente con el nombre de consolidación (4), que se da tanto en el caso de que el usufructuario complete su derecho con la adquisición de la propiedad (5), bien sea a título oneroso o gratuito, por acto *inter vivos* o *mortis causa* (6), a la cual es equiparable el caso del cesionario del usufructo que adquiere la propiedad; como en el caso inverso, o sea el del propietario que adquiere el usufructo por transmisión del usu-

---

(1) PROUDHON, 2.553; DEMOLOMBE, X, 708; LAURENT, VII, 66.

(2) *Distinzioni dei beni*, etc., 655.

(3) Que se asemeja a la de GENTY, 281-289; para éste, en general, carece la transformación de eficacia extintiva para el usufructo, quedando libres las partes de reducirlo a los límites que les convenga; situación que se presume cuando del título constitutivo no se desprenda que el intento del constituyente fué el de procurar al usufructuario todas las clases de utilidad de que era susceptible la cosa, sino aquéllas tan sólo que produjese permaneciendo en una cierta condición. Al aplicar el principio, GENTY, que interpreta el Código francés, llega necesariamente a conclusiones distintas de las que he indicado yo.

(4) Es un caso especial de confusión, y *confusio* la denomina VENUL., 4 *usufr. quemadm.*, VII, 9; de *confusa servitute* (¿o *usufructu?*) *dominii comparatione* habla PAULO, 27 *quib. mod.*, VII, 4.

(5) *Dominii comparatio* en las fuentes.

(6) ULP., 3, § 2, *de us. adcr.*, VII, 2: *Si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus;* 6 pr. *eod... si apud unum ex tribus fructuariis consolidatus sit ususfructus.*

fructuario (1) o del cesionario del usufructo (2); hipótesis en que lo que se consolida no es la propiedad, sino el usufructo cedido (3). En uno y otro caso no adviene la adquisición sin la voluntad del adquirente; la extinción del derecho que sigue a la adquisición es lo independiente de su voluntad. Es inútil que hagamos observar la impropiedad con que se emplea la palabra consolidación cuando el derecho de usufructo se extingue por cualquier otra causa que no sea la adquisición de la propiedad por el usufructuario o sucede el propietario en el derecho de usufructo, quedando con ello libre de las limitaciones que imponía el usufructo a la propiedad y adquiriendo las facultades que constituyen el contenido de aquél (4); también me parece superfluo después de haber analizado en el libro IV el concepto de cesión, insistir en que no ha de buscarse en la renuncia del usufructo, una causa *per se* de extinción.

La extinción del usufructo por confusión nace de la imposibilidad de que el sujeto pasivo de la obligación (que ha de tolerar o permitir el ejercicio del usufructo), sea la persona misma a quien corresponde exigir semejante tolerancia; como la extinción del crédito nace de la imposibilidad de que sea sujeto pasivo de la obligación de prestar, quien está facultado para exigir la prestación. A mi juicio, se ha creado injustamente (5) una antítesis entre la extinción

---

(1) A esto viene a parar el caso de su institución como heredero del usufructuario con legado de la cosa usufructuada a un tercero. V. PAP., 76, § 2 *de leg.*, 2.°, XXXI: La nuda propiedad pasa del testador al legatario; la consolidación no se realiza en manos del heredero, sino que éste, al aceptar la institución, adquiere el deber de ceder el usufructo, y origina la consolidación al cederlo.

(2) *In jure cessio*, en las fuentes.

(3) Así lo dice claramente TRYPH., 78, § 2, *de j. dot.*, XXIII, 3: *ut habenti mulieri fundum ususfructus cedatur et ita cum proprietate consolidetur.* Es incierto si se aplica o no a ambos casos la denominación o designación en el § 3, I, II, 4: *item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur): vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur.*

(4) Este uso impropio es generalísimo al tratar, sobre todo, de los efectos fiscales de la extinción del usufructo. Las fuentes hablan de *redire* o *reverti usumfructum ad proprietatem.* Dado el concepto dicho de consolidación, aparecen evidentemente infundadas las críticas de MARCADÉ (ad art. 617 n. V) al Cód., que en la consolidación ve una causa *per se* de extinción. V. DEMOLOMBE, X, 683 y LAURENT, VII, 57.

(5) CICU, en el inteligente y sagaz estudio citado en la p. 744, n. 2.

por confusión de los derechos reales limitativos del dominio y la extinción por confusión de los derechos de crédito, diciendo que en los primeros la confusión es una consecuencia de la reunión de un derecho a otro y en los segundos de la de un derecho a una obligación. Entre las obligaciones correlativas a los derechos reales tienen una especial característica las que recaen sobre el propietario del objeto del derecho, y en general las que implican sobre el mismo objeto otro derecho real. La integridad de éste no se modifica por la transmisión hecha a favor de quien antes de la adquisición estaba ya obligado a respetarlo, aunque no tuviese un derecho sobre la misma cosa; el adquirente deja de estar obligado, pero el derecho que adquiere conserva entera su eficacia aun cuando desaparezca una unidad de entre el número infinito de los obligados. En cambio, se altera si se opera el traspaso a favor de quien tiene ya un derecho sobre la misma cosa; a la extinción de la obligación corresponde la imposibilidad de actuar el derecho adquirido como limitativo del otro, de que era ya titular. En semejante modificación se distinguen varios grados: implica la extinción absoluta del derecho, cuando el poder limitativo de éste se encaminaba exclusivamente contra el derecho perteneciente a quien lo adquiere; que es lo que sucede cuando el usufructuario adquiere la propiedad, que después de la constitución del usufructo no ha sufrido modificación porque no se constituyó otro derecho real sobre la cosa; o cuando en las mismas condiciones adquiere el usufructo el propietario. El usufructuario ejercía su derecho limitativo únicamente contra el propietario, y no es posible que lo haga valer ahora contra sí mismo; de esta imposibilidad nace que el usufructo se extinga total y absolutamente.

Se ha querido sustituír la imposibilidad de que subsista por la idea de mera inutilidad (1); se dice que es inútil el derecho que asegura el goce para quien en la forma más completa se lo ha asegurado ya con la pertenencia de la propiedad. Y en este distinto fundamento ha creído hallarse una nueva antinomia entre la extinción por confusión de los derechos reales y la de los créditos; sin advertir que así se sacaba a luz un efecto económico de la extinción por confusión de los derechos reales, completamente análogo al que se encuentra en la extinción por confusión de los créditos. El interés

---

(1) CICU, *op. cit.* Además, P. KRETSCHMAR, *Die Theorie d. Confusion*, citado por CICU, había hablado de confusión por absorción.

en el goce tutelado jurídicamente en forma de usufructo, queda completamente satisfecho, sin duda alguna, cuando el usufructuario adquiere la propiedad (1); pero lo mismo queda satisfecho el interés del acreedor cuando sucede en la deuda, porque el bien adquirible, o sea el crédito, llega a ser para él bien adquirido, según el fin que tenía la obligación (2).

Por lo pronto, me parece inútil advertir que el presupuesto de la extinción por consolidación, como de todas las demás clases de aquélla, consiste en que se haya adquirido el derecho de usufructo. Pero la advertencia contribuye a aclarar los límites de la eficacia extintiva en el usufructo conjunto. A los colegatarios de usufructo se defiere el derecho de una vez, pero pueden adquirirlo por partes y en momentos distintos (3). Por consiguiente, si después de adquirir una parte alícuota de usufructo a virtud de la concurrencia de colegatarios, se adquiere la propiedad de la misma cuota, permanece íntegro el derecho de usufructo que se pueda adquirir posteriormente sobre otras cuotas por desaparición de los colegatarios (4).

372. Puede ocurrir además que la propiedad haya sido modificada mediante la constitución de otros derechos reales, luego de constituirse el usufructo; que el propietario haya impuesto una servidumbre sobre el fundo usufructuado sin consentimiento del usufructuario, cuya eficacia queda en suspenso mientras dura el usufructo, como ya hemos visto (5); o que el propietario haya constituído una hipoteca sobre el fundo usufructuado. El usufructo no despliega su eficacia limitativa únicamente contra el propietario;

---

(1) Y por ello, cuando (en la enajenación a título oneroso) se reserva el usufructo a otro después que haya cesado el usufructo del primero, valorando la segunda asignación como sujeta a la condición de que se extinga el disfrute asegurado con la primera, aun cuando el primer usufructuario adquiera la propiedad, no se da por cumplida la condición; v. CICU, ob. cit., p. 80.

(2) Así formula exactamente CICU, p. 25, el efecto liberatorio de la confusión; v. especialmente entre los pasajes de las fuentes que lo aclaran PAULO, 41, § 2, *de evict.*, XXI, 2.

(3) V. t. I, p. 345.

(4) A y B, cousufructuarios, adquieren, por partes iguales, la nuda propiedad; se extingue el usufructo de la mitad correspondiente a uno y otro; a la muerte de B, A, copropietario de la mitad, adquiere el usufructo de la otra mitad. V. Cas. Turín, 2 julio 1890 (*Giur. it.*, 1891, 60, con nota de F. RICCI); arg. en ULP., 3, § 2, *de us. adcr.*, VII, 2 y cfr. además t. I, ps. 346 y ss.

(5) L. III, cap. XI.

dispone de análoga eficacia frente al titular de la servidumbre y del acreedor hipotecario; el primero no puede usar la servidumbre, el segundo no puede ejercitar la acción hipotecaria más que contra la nuda propiedad e instar la venta de ésta, salvo el derecho de usufructo; y si entonces el usufructuario adquiere la propiedad o si cede el usufructo al propietario, subsiste la posibilidad de que el usufructo sea eficaz para impedir el ejercicio de la servidumbre o la venta del pleno dominio, y por ello es inadmisible que llegue a extinguirse respecto al titular de la servidumbre o al acreedor hipotecario. La observación tiene una grandísima importancia práctica, singularmente cuando de la hipoteca se trata; porque si bien es cierto que el acreedor hipotecario de la nuda propiedad cuenta con el mayor valor que ha de tener la finca cuando la propiedad vuelva a unirse al usufructo, cuenta también con que este mayor valor no estará a su disposición sino cuando el usufructo se extinga por las causas atinentes al vínculo que media entre usufructuario y propietario. No me ofrece duda la inclusión del desuso entre estas causas extintivas, a más de la muerte del usufructuario y de la expiración del plazo (1). Pero es completamente extraño al vínculo nacido con la constitución del usufructo el hecho jurídico en cuya virtud quien era usufructuario viene a adquirir la propiedad, y de este hecho no puede beneficiarse el acreedor hipotecario (2). Lo mismo puede decirse del usufructuario que cede al dueño su propio derecho. En uno y otro caso cabe reconocer la persistencia del usufructo sobre cosa propia (3), en el sentido de que el propietario conserva la facultad, derivada del usufructo, y que la propiedad por sí no le con-

---

(1) V. n. 376.

(2) El art. 2.017, en virtud del cual los derechos reales correspondientes al tercer poseedor del inmueble, resucitan una vez que de él hace entrega o después de la venta instada contra él, no es más que una aplicación de este principio, pero le atribuye la forma de eficacia revocable más bien que la de una consolidación con eficacia relativa. La dificultad de construír la figura del usufructo sobre cosa propia, conduce a formular la eficacia en concepto de revocable. Pero no es menos grave la dificultad de unir la consolidación revocable a la adquisición de la propiedad hipotecada que es una adquisición definitiva aunque limitada por el derecho de hipoteca. El principio es susceptible de aplicaciones que no están incluídas en el art. 2.017: caso del usufructuario heredero del propietario que hipotecó la nuda propiedad. No es tercer poseedor, pero yo no vacilaría en reconocer la persistencia del usufructo con el efecto de limitar la procedencia de la acción hipotecaria.

(3) Cfr. CICU, *op. cit.*, ps. 131 y ss.

fiere, de limitar a la nuda propiedad el ejercicio de la acción hipotecaria (1).

Esta es la solución impuesta por el fundamento de la consolidación y puede conciliársela con la letra del artículo 515 que no distingue entre las distintas causas de extinción, considerando que el legislador hubo de contemplar la reunión en una misma persona de las calidades de usufructuario y de causahabiente de un derecho limitado por el usufructo; reunión que no se realiza completamente consolidando la propiedad con el usufructo, si se habían desprendido de la propiedad derechos que el usufructo venía a limitar.

Las consideraciones expuestas nos llevan, luego de restringir la significación del apartado IV del art. 515 (a), a ampliarlo en el sentido de que a la adquisición por parte del usufructuario de un derecho fraccionario, que esté limitado por el usufructo, haya de subseguir una modificación del usufructo en virtud de la cual cese necesariamente este efecto limitativo. El usufructuario sucede en un crédito constituído sobre la nuda propiedad y garantizado con una hipoteca nacida después que el usufructo. Nadie puede impedirle instar la venta del pleno dominio para que se le pague. Si el titular de una servidumbre constituída por el nudo propietario sobre el fundo usufructuado adquiere el usufructo, no puede hallar obstáculo para usar inmediatamente la servidumbre.

Otro aspecto de la teoría de la consolidación ha exigido preferentemente la atención de la doctrina: la relatividad de la eficacia que le es propia en el aspecto activo, el que su eficacia extintiva se refiera a una sola persona si varias participan de la atribución del derecho y una de ellas adquiere el carácter de propietario o transmite a éste su calidad propia. Es evidentísimo que no hay consolidación cuando la propiedad la adquiere quien ha cedido su usufructo, una vez reconocido que mediante la cesión se ha despojado de él, aunque permanezca la duración del mismo determinada por la vida del cedente. Pero si en vez de una cesión hay una constitu-

---

(1) En contra, PROUDHON, 2.074, para el caso del propietario que habiendo hipotecado la nuda propiedad, adquiere el usufructo; pero se apoya solamente en el principio indudable de que la hipoteca se extiende al usufructo que se reincorpora a la propiedad; mientras que para el caso del usufructuario que adquiere la nuda propiedad hipotecada, en su deseo de negar que la hipoteca perjudique al usufructo, recurre a la construcción de una adquisición de la propiedad hecha con carácter revocable.

(a) [Art. 513, n. 3.° del Cód. esp.]

ción de derechos que limiten el usufructo y éste permanece unido a la persona del usufructuario (si sobre el usufructo se ha constituído otro usufructo; si el usufructo se ha entregado en dote o ha sido hipotecado), la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario o la cesión del usufructo al propietario, deja íntegros aquellos derechos, que se ejercitan como si no se hubiese extinguido el usufructo, respecto al propietario y a sus acreedores. La hipoteca sigue al usufructo en manos del propietario e impide que se venda el pleno dominio por los acreedores del propietario y aun por los acreedores hipotecarios posteriores a la consolidación, o por los hipotecarios inscritos después de la constitución del usufructo y antes de la reunión con la nuda propiedad (1). Aquí también hay

(1) Así PROUDHON, 2.071-2.073; GRENIER, *Priv. et hyp.*, 146; DURANTON, XIX, 262; DEMOLOMBE, X, 747-748; PONT, *Priv. et hyp.*, 381; AUBRY y RAU, § 234, n. 27; LAURENT, VII, 58; BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Priv. et hyp.*, II, 924; CARABELLI, *Diritto ipotecario*, II, § LXXVI; POCHINTESTA, *Priv. e ip.*, I, 114; PACIFICI-MAZZONI, *Priv. e ip.*, I, 114; RICCI, X, 143; DURANTI, en el *Mon. dei trib.*, 1886, 869; CAPORALI, en el *Foro it.*, 1888, 363. Sostienen la tesis opuesta y la extinción de la hipoteca a causa de la consolidación: MARTOU, II, 714; LAURENT, XXX, 212 (en contradicción con lo que expone en el vol. VII citado); CHIESI, *Sistema ipotecario illustrato*, II, n. 571; PAOLI, *Servitù personali*, cap. IV, y E. BIANCHI, *Ipoteche*, t. I, 308; también ha sido acogida, cosa extraña, por el Trib. de Apel. de Brescia, 3 octubre 1887 (*Foro*, 1888, 363). La observación que hacen estos escritores de la precariedad natural que tiene la garantía ofrecida por el usufructuario, carece de valor: la precariedad de la garantía aceptada, está en aquella incertidumbre de la duración del usufructo que resulta del mismo título constitutivo; y esta incertidumbre puede medirse y tasarse, aunque no las modificaciones que determinen hechos posteriores. Invitar a los acreedores a protegerse de otra suerte, es excluír prácticamente la hipotecabilidad del usufructo, es privarle de la comerciabilidad que ha advenido característica de la institución. Ni puede decirse, para la extinción de la hipoteca constituída sobre el usufructo, cuando éste se reune con la propiedad, que sea inadmisible el negocio jurídico con el cual constituya el propietario la hipoteca sobre el usufructo antes que éste se separe de la propiedad. Por lo demás, contra la opinión manifestada en el t. I, ps. 438 y ss., en pro de la hipotecabilidad del usufructo causal, reconocida ya por PONT y PACIFICI-MAZZONI, en los lugares citados, e impugnada por otros muchos, como TROPLONG, *Priv. et hyp.*, n. 400; AUBRY y RAU, § 259, n. 6, y BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Priv. et hyp.*, II, 920, ha acudido vigorosamente a la lucha CHIRONI, *Pegno, priv. e ipot.*, II, 58, 71. Verdaderamente al interpretar la concesión hecha al acreedor de constituír, mediante el ejercicio de la acción hipotecaria, un usufructo limitado a la vida del concedente, no puede decirse

un reconocimiento de la subsistencia de un usufructo sobre la cosa propia, más que para protección de las limitaciones que impone a un derecho real, para protección del derecho real que le impone una limitación. La hipoteca o cualquier otro derecho real limitativo del dominio, no sufre perjuicio por el hecho jurídico de reunirse en una persona los caracteres de usufructuario y propietario, bien este hecho sea dependiente, bien sea independiente de la voluntad del usufructuario (1).

En armonía con la tesis expuesta, hay que reconocer la relatividad de la eficacia extintiva en favor o en contra de los derechos constituídos antes de la consolidación. Si el usufructuario otorga una servidumbre sobre el fundo usufructuado—servidumbre que no perjudica al propietario aunque él tiene que sufrirla—, aquella concesión no extiende su eficacia porque adquiera después la propiedad, y únicamente sigue obligado a tolerarla en cuanto lo estuviera si hubiese permanecido siendo simple usufructuario. Si el usufructuario hipotecó el usufructo, el acreedor, después de reuni-

---

que exista aquella indeterminación que imposibilita la creación de un usufructo *pro qualibet persona*, ni a ello es tampoco obstáculo el principio de la indivisibilidad de la hipoteca: la garantía ofrecida por el valor completo de la cosa no puede limitarse después, pero la garantía puede limitarse inicialmente a una parte de este valor. Y si no hay que creer con CHIRONI que semejante limitación favorezca el desarrollo del crédito y que ha de tener frecuentes aplicaciones, tampoco se ha de desconocer que, negándole eficacia, llegan a alterarse sin una poderosa razón de orden general, las relaciones formadas por voluntad real de las partes. Es característico el caso resuelto por el Trib. de Cas. francés el 12 de abril de 1836 (*Journ. du Pal.* de esta fecha) que rechaza la limitación de la hipoteca al usufructo. Pretendíase la prelación en el cobro sobre el valor de la plena propiedad por quien había conseguido una hipoteca sobre el usufructo y frente a los acreedores posteriormente inscritos sobre el pleno dominio. Y como quiera que a consecuencia de la acción pauliana propuesta por acreedores anteriores a la constitución misma del usufructo mediante reserva en la enajenación de la propiedad, habíase revocado la enajenación y declarado no haber salido la propiedad de los bienes del patrimonio del enajenante, creyó el Tribunal que debía ampliar la eficacia de la hipoteca, al valor del pleno dominio, aunque sólo se había otorgado con respecto al usufructo, porque el deudor no creyó que su derecho se extendiera a más.

(1) Esto es lo que aclara DEMOLOMBE, *loc. cit.*, cuando otros arbitrariamente rechazan la eficacia de la consolidación respecto al acreedor hipotecario únicamente en el caso en que la misma proceda de un acto voluntario del usufructuario: por ejemplo, PERSIL, *Rég. Hypot.*, ad a. 2.118, VI, y MELUCCI, *Sistema ipotecario*, Lec. III, 5.

do éste con la nuda propiedad, no puede instar la venta del pleno dominio, y la hipoteca se mantiene en los límites del valor que tenía el objeto que gravaba, sin ampliarlo con el de la nuda propiedad, como no se extendería al de cualquier otro inmueble adquirido por el deudor (1).

Todo lo dicho en este número y en el anterior es aplicable al caso particular de consolidación que resulta cuando el usufructuario de un crédito sucede en tal derecho de crédito al acreedor, o por la cesión del usufructo que aquél haga a éste. Habrá extinción del usufructo si no se ha constituído sobre el crédito un derecho de prenda, limitado por el usufructo, o si sobre el usufructo mismo no se ha constituído otro usufructo o derecho de prenda que lo limite; en el caso opuesto subsiste el usufructo sobre el crédito (2).

373. La extinción del usufructo por consolidación lleva aneja la extinción, por confusión, del deber que el usufructuario tiene de restituír al propietario. El deber de custodiar, el de contribuír a la conservación y a las cargas de la cosa, cesan inmediatamente que se extingue el usufructo, sea cualquiera la causa de esta extinción; pero el deber de restituír sobrevive cuando la extinción se debe a otra clase de causas; y lo que ocurre, más bien, es que el usufructuario o sus herederos, desde el momento en que ocurre dicha extinción, quedan obligados a la devolución de los bienes. No sobrevive en caso de consolidación porque no puede estar obligado el usufructuario para consigo mismo, y con la liberación de ese deber, queda satisfecho el interés de restituír, que ha advenido un interés suyo propio. Si el usufructuario se ha adueñado de productos de la cosa que carecen del carácter de frutos, si ha olvidado los deberes de conservación y con ello fué causa de que el propietario los atendiese a su costa, si no ha satisfecho las cargas inherentes a los frutos, los créditos que por tal causa nacen permanecen en el patrimonio de quien los adquirió; y al modo como no se transfieren al tercero que se convierte en propietario de la cosa usufructuada, no pueden extinguirse si el mismo usufructuario llega a ser su propietario (3). Con rigor jurídico quedan asimismo extrañas a las vicisitudes de la propiedad las obligaciones del usufructuario relativas a los menos-

(1) PROUDHON, 2.074 y todos los autores. La tesis opuesta la mantiene artificiosamente CARABELLI, *loc. cit.*

(2) Cfr. CICU, p. 91.

(3) PROUDHON, 2.069, 2.070.

cabos. El derecho a resarcir por el acto doloso o culposo del usufructuario, o por el incumplimiento de las obligaciones de conservación, es igualmente un derecho que ha adquirido el patrimonio al que pertenece la cosa en el momento en que nace aquél; y en dicho patrimonio puede quedar reservado cuando la cosa sale de él con motivo de una transmisión. La enajenación puede pactarse a virtud de un equivalente que deberá comprender la disminución del valor de la cosa a causa de los menoscabos, y el propietario enajenante puede aspirar a obtener la diferencia alegando él mismo su derecho a ser resarcido. La enajenación a título gratuito tiene normalmente por objeto la cosa en el estado y condición en que se halle, quedando el derecho a indemnizar en el patrimonio de que se desprende; y la transmisión, a favor del adquirente, de aquellos derechos de crédito obtenidos con ocasión de la cosa, no cabe atribuirla sino a la voluntad misma de ceder esos derechos juntamente con ella (1). Por tanto, es una cuestión de hecho, que hay que resolver según las circunstancias que concurran en la enajenación, la de determinar si se ha querido o no hacer tal cesión y si por consiguiente corresponde la indemnización a aquel que ha llegado a ser propietario o a aquel otro que en el momento de nacer la obligación era el titular de la propiedad. Corrientemente, y habiendo siempre en cuenta las circunstancias, el problema se resolverá en el primer sentido, y se extinguirá por confusión el derecho al resarcimiento si se ha cedido al usufructuario la nuda propiedad en acto *inter vivos* o mediante un legado (2). Esta conclusión no sufre modificación alguna por la eventual relatividad de la eficacia que tiene la consoli-

(1) ELVERS, *Servitutenl.*, p. 533, n. g.

(2) Las fuentes romanas no reconocían la extinción *ipso jure* de las obligaciones que nacen de la *cautio usufructuaria* en relación con la primera de las obligaciones que forman su objeto: la de *uti boni viri arbitratu* por la consolidación realizada de la nuda propiedad con el usufructo; pero reconocían que el *arbitrium boni viri* podía ampliarse hasta considerarla extinguida, y que cabía que el usufructuario pudiera oponer una excepción contra la acción deducida, amparándose en las circunstancias de la adquisición de la nuda propiedad: VENUL., 4, *usufr. quemadm.*, VII, 9. PROUDHON, 2.067, 2.068, estima que el derecho a ser indemnizado por menoscabos en la cosa es un accesorio que necesariamente se transmite con la misma. Cabe pensar, por tanto, que la extinción por consolidación viene como consecuencia en caso de adquisición a título originario de la propiedad (la usucapión decenal a favor del usufructuario; v. n. 263). Indudablemente esto deja intacto contra el usufructuario convertido en propietario, el derecho a resarcimiento de la persona contra a

dación en el aspecto pasivo. El acredor hipotecario de la nuda propiedad conserva limitado su derecho al valor de ésta, y cuando adquiere el usufructuario la nuda propiedad o se cede el usufructo al nudo propietario, no puede utilizar el derecho a indemnización por los deterioros de la cosa, que precisamente se ha extinguido por confusión en el momento mismo en que pertenece a la persona de quien trae causa. Por el menoscabo del inmueble hipotecado, disfruta de una acción independiente (art. 1.980) para que se le reponga o complete la garantía a que tiene derecho.

La consolidación no repercute en las relaciones que entre usufructuario y nudo propietario producen los gastos que uno y otro hayan sostenido para atender a reparaciones extraordinarias o para levantar las cargas relativas a la propiedad. El derecho del usufructuario a ser reembolsado de los gastos que ha hecho sin estar obligado a ello, y que el propietario debía hacer para conservar la cosa, o para satisfacer obligaciones del propietario respecto a terceros, es un derecho de crédito del que disfruta contra la persona propietaria en el momento de hacerse las reparaciones o de satisfacerse la carga; es un derecho de crédito fundado en la utilidad proporcionada al patrimonio de esta persona y no al de aquel a quien después se transmite la cosa. Y no puede aducirse en contrario lo dispuesto en el artículo 502 (a), que preceptúa que sólo tiene derecho al reembolso de las reparaciones extraordinarias el usufructuario cuando al extinguirse su derecho de usufructo subsista la utilidad de las obras realizadas; porque con arreglo a esta disposición, mediante la subsistencia de la utilidad al cesar el usufructo, se determina si ha habido utilidad, y cuál fuera, para aquel patrimonio, y se excluye o reduce el derecho a reembolso si al no persistir o disminuír aquélla, la no persistencia o disminución de tal utilidad permite inducir que los gastos sirvieron en todo o en parte únicamente a la causa del disfrute. Este derecho al reembolso subsiste como un derecho de crédito del usufructuario convertido en propietario, o del usufructuario que ceda al propietario el usufructo, para con la persona contra la cual nació o contra sus herederos; con la consolidación del usufructo no logra que se extinga por confusión (1). Pero la consolidación tampoco determina, por otra parte, la exigibilidad del

---

cual ha prescrito, porque este derecho queda en el patrimonio contra el cual se ha realizado la prescripción adquisitiva a favor de un tercero.

(a) [También 502 del Cód. esp.]

(1) Puede, sí, la consolidación determinarse por la delación de la herencia

reembolso. Examinemos el caso de que la propiedad se legue al usufructuario: La cuantía de aquella utilidad de que para el usufructuario responde el patrimonio al que pertenecía la cosa cuando en ella se hicieron los gastos, disminuye a medida que aumenta el tiempo que ha de estar aún privado aquel patrimonio del disfrute de la dicha cosa; el legado que separa del patrimonio la nuda propiedad y vuelve a reunirla con el disfrute, no puede causar el efecto de aumentar en beneficio del usufructuario la responsabilidad de aquel patrimonio y hacer que venza el plazo de reembolso antes de la fecha en que debería vencer con arreglo al título constitutivo del usufructo. Examinemos el caso opuesto: el del usufructuario que cede este derecho al propietario, bien a título oneroso o lucrativo; en ninguno de ambos supuestos hay anticipo de la exigibilidad del derecho al reembolso; subsiste inalterable contra aquel que era dueño en el momento de satisfacer el gasto.

En cuanto al derecho del propietario, que pagó los gastos de reparaciones extraordinarias o pensiones o cánones, a que el usufructuario le satisfaga intereses, se extingue al propio tiempo de extinguirse el usufructo por consolidación, si el acreedor, mediante cesión, recibe el usufructo, y por el tiempo que disfrute de éste; pero puede ejercitarse contra los posibles y sucesivos cesionarios del usufructo por el tiempo que les dure dicho disfrute. Si el usufructuario adquiere la propiedad sin llegar a ser heredero del propietario acreedor de los intereses, la obligación del pago de esos intereses inherentes al disfrute dura hasta su muerte o hasta la expiración del plazo, sin que quede liberado de esta obligación porque a su disfrute se le agregue la propiedad. Al disfrute del usufructuario que se convierte en propietario, y que ya no goza en lo sucesivo a título de usufructo, queda unida la obligación que estaba a cargo del usufructuario, pero sin ser obligación inherente al usufructo, e incumbe entonces, en razón del goce, a quien lo haya hecho posible o más útil.

374. Constituyen, respectivamente, requisitos de los dos casos de consolidación, el que el usufructuario adquiera válidamente la propiedad o que ceda válidamente el usufructo al propietario. Existe nada más que una consolidación parcial si el usufructuario adquiere la propiedad de una parte tan sólo de la cosa usufructua-

del propietario al usufructuario y realizarse entonces simultáneamente la confusión del crédito.

da; y perdura el usufructo universal con las obligaciones a él inherentes, si el usufructuario adquiere la propiedad de una de las cosas que pertenecen al patrimonio (1). Si se anula o resuelve la adquisición por cumplimiento de la condición a que está subordinada, tanto la nulidad como la resolución repercuten y anulan (2) o resuelven (3) la consolidación. Si por incumplimiento de las cargas queda resuelta, revocada o rescindida la adquisición, esto es, si ésta no se resuelve a causa de haberse limitado la eficacia del hecho adquisitivo, y sí a causa de una obligación personal que contrae el adquirente al adquirir, no puede reconocerse que con el cumplimiento de tales obligaciones se resuelva la consolidación, sino que aquélla tiene por objeto restituír la nuda propiedad a quien cumpliéndola reconstituya el usufructo (4). Con esta construcción más

(1) CICU, p. 89, H.

(2) Para la nulidad del legado de propiedad mediante la *querela inofficiosi*, lo afirma en un inciso PAP., 57, *de us.*, VII, 1: *mansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit.*

(3) JUL., 17, *quib. mod.*, VII, 4, da una decisión opuesta en un caso de adquisición condicionada. El legatario de usufructo adquiere la propiedad legada condicionalmente a Ticio; pero legada, nótese bien, con expresa deducción del usufructo. Como indudablemente pierde eficacia esa adquisición al cumplirse la condición impuesta al legado de Ticio, habría que excluír el consiguiente efecto de la consolidación y mantener separado el usufructo de la propiedad. En cambio, aplicando el principio de que cuanto ocurre pendiente la condición conserva sus efectos si ésta se cumple, en cuanto no se oponga a la asignación del derecho condicionado (así lo entiende WINDSCHEID, *Pand.*, § 91, n. 1), cree JULIANO que si se cumple la condición, adquirirá Ticio el pleno dominio, no la nuda propiedad. Contra esta decisión, v. VOET ad h. t. n. 2; POTHIER, *Douaire*, 254 y PROUDHON, 2.081-2.082; cfr. CICU, *op. cit.*, p. 88. Es extraño a la cuestión lo que resuelve PAP., 76, § 2, *de leg.*, 2.°, XXXI, de que si el usufructuario es instituído heredero, y el fundo usufructuado se lega bajo condición a un tercero, debe el fundo en pleno dominio el heredero si se cumple la condición. En el Derecho actual también ocurre esto, no porque la eficacia de la condición sobreviva a la resolución de la adquisición, sino porque debe suponerse que en el legado condicional va comprendida la liberación del usufructo del fundo. No quiere seguir este criterio PROUDHON, 2.080, por deducir, equivocadamente, del art. 1.021 del Cód. fr. la nulidad del legado de liberación del usufructo que corresponda al legatario universal.

(4) Así CICU, p. 89: si se revoca la donación de la nuda propiedad al usufructuario, no resucita el usufructo, sino que debe reconstituirse. También habla aquí de que la condición se resuelve PROUDHON, 2.078; cfr. asimismo BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Biens*, n. 741.

correcta no se perjudican los derechos preexistentes sobre el usufructo. Supuesto el principio general de la relatividad que produce la consolidación en su aspecto activo, se explica que las hipotecas inscritas sobre el usufructo queden a cubierto de los eventos que originan primero su extinción, y después su reconstitución: no despliegan su eficacia sobre el derecho reconstituído y desde el momento en que ocurre la reconstitución, sino sobre el derecho que para el acreedor hipotecario persistía cuando estaba unido a la propiedad.

Tanto desde el momento en que el usufructuario adquiere la posesión en concepto de propietario, como hasta que el título adquisitivo queda anulado, sus derechos relativos a las obras ejecutadas en la cosa y las obligaciones que pueda contraer a causa del deterioro de los bienes, se rigen por las normas relativas a las relaciones entre el poseedor de buena o mala fe y el dueño, y no por las que rigen las relaciones entre usufructuario y propietario (1); esas normas sólo mantienen eficacia tratándose de adquisiciones de propiedad sujetas a condición resolutoria. Esta advertencia quita mucha importancia práctica a la debatida cuestión de la fianza prestada para el debido cumplimiento de las obligaciones del usufructuario. Algunos creen que aquélla persiste cuantas veces cesen los efectos de la consolidación (2). Otros, que se extingue, no a causa de ésta, sino por voluntad del propietario respecto al cual está obligado el fiador, y que debe estimar que renuncia a su derecho contra el fiador al transmitir al usufructuario la propiedad, aun cuando lo haga bajo condición resolutoria, y que mediante la entrega hecha al usufructuario de la posesión de la nuda propiedad, queda aquélla reducida a un título nulo: exceptúan el caso en que la entrega la haya hecho un incapaz y el caso también de que la haya realizado el legatario universal no obstante los derechos del heredero instituído en un testamento nulo, posesionando al usufructuario libremente en el fundo legado (3). Esto no es una solución jurídica: si lo que se quiso fué una transmisión condicionada, condicionada es igualmente la renuncia a los derechos contra el fiador; si la enajenación fué nula, nulo igualmente será el cumplimiento de tal obligación. Esto aparte de que el fiador puede precaverse contra el usufructuario, para que, pendiente la adquisición de la nuda propiedad, no rebase los límites señalados al disfrute en el título constitutivo del usufructo. Hay que hacer jurí-

(1) PROUDHON, 2.090 y siguientes.
(2) LAURENT, VII, 59.
(3) PROUDHON, 2.083-2.088.

dicamente una distinción entre los casos en que la consolidación se anula o resuelve y aquellos en que al revocarse o rescindirse la transmisión de la propiedad, se motiva una reconstitución del usufructo. En los primeros persiste la obligación del fiador, quedando libre en los demás; como cesan los efectos de la prenda y de la hipoteca constituídas para seguridad de la obligación de afianzar, y en el momento de la reconstitución surge de nuevo el deber de caución en forma.

375. La expiración del plazo por el que fué constituído el usufructo (apartado 3.° del art. 515) (a) es una causa de extinción que depende de la voluntad del que lo constituyó, a diferencia de las causas hasta aquí estudiadas; con exactitud la compara PAULO (1) a la muerte del usufructuario para contraponer ambas a todas las demás. Con la muerte del usufructuario y con la expiración del plazo, *acaba* el derecho y termina la fuerza de que el acto constitutivo lo dotó; por la destrucción de la cosa, por la consolidación, por el desuso, y por la privación a causa de abusos (2), *pierde* su derecho el titular; son acontecimientos posteriores al acto constitutivo, cuya eficacia modifican.

El acto constitutivo puede señalar como duración del usufructo un espacio de tiempo de extensión cierta o incierta (diez años, el tiempo que permanezca viuda), fijado directamente mediante una fecha (hasta el 1.° de enero de 1911) o indirectamente; o puede relacionarlo con un hecho de realización incierta en cuanto al tiempo (hasta que Ticio sea mayor de edad, o se case, o tenga hijos). Con el señalamiento de término final de realización incierta, se limita eventualmente la duración del usufructo, que, si aquél no se efectúa, acaba en todo caso con la muerte del usufructuario. Cuando, por el contrario, el título constitutivo subordina el derecho a una condición resolutoria, al realizarse el hecho, habrá que interpretar aquél para resolver si el usufructo ha de quedar privado de eficacia total, y si los frutos recogidos se han de tener por percibi-

---

(a) [Art. 513, n. 2.° del Cód. esp.]

(1) *Rec. sent.*, III, 6, §§ 288, 33.

(2) Según PAULO: *capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure cessione, dominii comparatione*. La primera causa de pérdida ha desaparecido; la segunda ha sido sustituída en nuestro Derecho por la destrucción total; la cuarta y la quinta están reunidas en el concepto de consolidación. El Derecho romano no conoció la caducidad.

dos sin título y si han de restituirse los beneficios todos obtenidos de la cosa. En la duda, habrá que creer que la institución fué a término; la condición resolutoria es muy raro que se imponga en el usufructo (1).

Cuando el usufructo se constituye por un cierto espacio de tiempo, comienza a contarse desde que la sucesión se abre o desde que se celebra el contrato, cuando no aparezca claro el propósito de adoptar otro punto de partida. Quien omitió alegar sus derechos oportunamente, puede reivindicar el disfrute, no por un espacio igual de tiempo y tomando como punto de arranque uno distinto del que resulte del acto constitutivo, porque esto sería un usufructo distinto (2); pero, prescindiendo de la responsabilidad del gravado con la prestación del usufructo (3) y de los derechos que con arreglo a nuestra ley tiene el legatario a la restitución de los frutos que no haya percibido por la muerte del testador (artículo 865) (a), responde ante el usufructuario quien posee como libre, disfruta de la cosa gravada con usufructo y ha percibido sus frutos indebidamente.

El artículo 517 (b) considera limitado por un plazo cierto el usufructo constituído hasta que una tercera persona alcance una cierta edad y niega que se extinga si esta persona muere antes de la edad señalada. Aquí se reproduce el principio interpretativo de una constitución justinianea (4), cuya justificación contiene una pe-

---

(1) Ha sido interpretada acertadamente como sujeta a condición resolutoria la disposición siguiente: «Lego a mi mujer el usufructo de todos mis bienes salvo que sea varón el hijo que nazca». Es inverosímil el intento de instituír el usufructo para un intervalo breve como el que medie hasta el nacimiento de un varón póstumo. Pero el legado de usufructo para *el caso* de celibato o de viudez, según el art. 850, está equiparado al legado *durante el tiempo* del celibato o de la viudez; por consiguiente, produce los efectos de un legado a término aunque se le *atribuyan* expresamente los efectos de un legado bajo condición resolutoria; sería contraria a la ley la amenaza de la pérdida de los frutos percibidos para el caso de nupcias o de segundo matrimonio. También se interpreta como legado a término, la disposición siguiente: «Lego a Ticio el usufructo si no tiene hijos». Los escritores franceses hablan de condición resolutoria pensando siempre en el plazo extintivo incierto.

(2) POMP., 6, *de us. leg.*, XXXIII, 2.

(3) Esto lo aclaran POMP. en el pasaje citado, y AFR., 37, *de us.*, VII, 1.

(a) [Cfr. art. 882 del Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 516 del Cód. esp.]

(4) C. 12, pr. C., *de us.*, III, 33.

tición de principio (1): *neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula.* La interpretación que da el artículo 517 está perfectamente justificada en el caso de que el legado de propiedad a un menor vaya unido al del usufructo al padre durante la minoridad; como legalmente corresponde al padre el usufructo mientras vive el menor, salvo que establezca lo contrario el disponente, carecería el legado expreso de usufructo de verdadero contenido si no pudiera prorrogarse después de la muerte eventual del menor. En otro caso, puede aquélla parecer forzada (2); se estima no aplicable cuando conste que el que instituyó el usufructo quiso precisamente, en cambio, mirar a la vida del propietario; por ejemplo, si el usufructo se lega a una persona para que atienda a la educación de un menor y provea a sus necesidades hasta una cierta edad (3).

Conforme a otra resolución del Digesto (4), si el usufructo se lega hasta que sane una tercera persona demente, y ésta muere sin recuperar la razón, no se extingue el usufructo: basta para justificarlo tener en cuenta que no se ha realizado el hecho incierto a que estaba limitada la duración del usufructo (5); y Justiniano, al confirmarla (6), buscaba un motivo de equidad: si al ocurrir el hecho hubiera cesado el usufructo sin atender a la vida del demente, puesto que no se realiza aquello, es más humano que perdure tal derecho por toda su vida. En el ejemplo del Digesto se trata, en realidad, de un usufructo legado con la carga de atender al cuidado del demente. Esta circunstancia no parece bastar para decir que el único fin del legado fuera asegurar la existencia; si resultara así, habría que reconocer que cesaba el usufructo cuando el fin desapareciera.

Sea el plazo cierto o incierto, al advenir se extingue el usufructo de pleno derecho; *no es necesaria ni posible* una sentencia judicial que declare la extinción; pero podrá suscitarla el ejercicio de la acción negatoria encaminada a obtener la declaración de que se ha cumplido el plazo y ha llegado la extinción (7).

Hay que reiterar aquí la afirmación clara de que en todo caso se

---

(1) AUDET, *De l'extinction de l'usufruit*, Tesis de la Universidad de París, 1887.

(2) LAURENT, VII, 55.

(3) DEMOLOMBE, X, 679; GENTY, 268.

(4) SCAEV., 32, § 6, *de us. leg.*, XXXIII, 2.

(5) PROUDHON, 2.058 y ss.; en contra, TOULLIER, III, 377.

(6) En la cit. C. 12, § 1.

(7) GENTY, 269; en contra, PROUDHON, 2.057.

extingue el usufructo si el titular muere antes de expirar el plazo (1); la premoriencia de uno entre varios legatarios sucesivos a plazo incierto, anticipa el transcurso del usufructo incierto en que están instituídos los demás (como si, por ejemplo, se lega el usufructo a Ticia, siempre que se conserve viuda, y se casa con Cayo); cuando el disfrute del primero vaya unido a un término cierto, comienza el usufructo del segundo al vencer aquél y no antes; si el primero premuere antes de expirar el plazo, en el ínterin vuelve el usufructo al propietario (2).

Constituye una modalidad especial del usufructo a término, el instituído por años o períodos alternos, pues comienza al principio de cada período y termina con él y hay un intervalo en que se reune a la propiedad o corresponde el derecho a otro usufructuario (3).

También existe una modalidad especial de plazo incierto, que es el acontecimiento previsto de la transformación o cambio de la cosa; mediante él cesa el usufructo sin ser totalmente destruído el objeto contra el principio contenido en el párrafo último del art. 515.

376. La pérdida por desuso del usufructo, como la de la servidumbre, se asemeja conceptualmente a la prescripción de las acciones (4), porque la determina el mero transcurso del tiempo cuando, con o sin la voluntad del titular, deja de ejercitarse el derecho, ya en forma de disfrute, ya mediante la oportuna defensa, sin que haya necesidad de que concurra en la otra parte el propósito de beneficiarse de la situación de hecho correspondiente a la inexistencia del derecho (a). De igual suerte que para quedar libre de una deuda no es necesario que el deudor, ante el acreedor voluntaria o involuntaria-

(1) V., más atrás, n. 368; cfr. Cas. Nápoles, 5 agosto 1871 (*Giur. it.*, 1871, 580).

(2) V. t. I, n. 137; cfr. PROUDHON, 422, y SCAEV., 35, *de us. leg.*, XXXIII, 2.

(3) V. t. I, ps. 242 y 363, y más adelante, p. 767.

(4) Así BEKKER, *Pand.*, § 38, B. I; REGELSBERGER, *Pand.*, § 126, 2.

(a) [El Cód. esp., que con relación a las servidumbres habla del *no uso* (art. 546), habla en cambio de *prescripción* cuando se trata del usufructo (art. 513, n. 7.°). No creemos que implique esto una diferencia sustancial entre ambas instituciones, pues, como hacen notar ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, ps. 87-88), de otros artículos, como el 547 y el 548, se desprende que el no uso es, en la ley española, equivalente a la prescripción, y es la teoría de ésta la que debe ser aplicada a la extinción de tales derechos.]

mente inactivo, afirme su propósito de no pagar, sino que basta con que perdure la inactividad del acreedor, así no precisa la voluntad del propietario de excluír la limitación que a su propiedad acarrean la servidumbre o el usufructo, para que aquélla quede libre de una y otro, cuando los titulares de estos derechos no los ejercitan por cualquier motivo durante un lapso de treinta años. Y queda libre el propietario poseedor de la cosa sometida a servidumbre o a usufructo aunque no realice aquello que le está prohibido por el derecho limitativo y sin beneficiarse de aquella forma de disfrute que constituye dicho derecho; asimismo queda libre si durante el desuso sigue poseyendo la cosa y no afirma de algún modo la voluntad de no haberla sometido a su poder. En la extinción de la servidumbre o del usufructo no influye para nada la circunstancia de que durante el tiempo del desuso haya sido poseída la cosa por personas que no estando unidas a otra por un vínculo de transmisión no puedan agregar a la propia la posesión ajena (1).

La indicada analogía acerca de las condiciones de extinción, no impide la diferencia sustancial existente entre los derechos reales

---

(1) Por consiguiente, aunque pudiese considerarse correlativa al desuso una posesión de la cosa, como libre, independientemente de toda actividad ejercitada por el poseedor y contraria a la servidumbre (como dice RUDORFF, citado por ELVERS, p. 369)—en correspondencia con aquella posesión que para las servidumbres urbanas determina la llamada *usucapio libertatis*—no habría extinción fundada en esta posesión porque aquélla se produce también cuando no se agrega a la precedente la tenida con este carácter durante el desuso. Añádase que la extinción sobreviene también cuando la cosa queda fuera de la posesión del particular durante el tiempo del desuso o de parte de él: JAV., 14, *quemadm. serv.*, VIII, 6. El Derecho romano, en éste como en otros casos en que es imposible el ejercicio del derecho (ley citada: cfr. PAP., 34, § 1; PAULO, 35, *comm. pred.*, VIII, 3; ULP., 1, § 9, *de it. actuq.*, XLIII, 19; § 23, *de aqua*, XLIII, 20; y para el usufructo PAULO, 26, *quib. mod.*, VII, 4) tenía un remedio contra la extinción, a saber, la reconstitución de la servidumbre y del usufructo. Sobre la restitución *in integrum* al usufructuario contra la extinción por desuso derivada de su ausencia voluntaria, v. ULP., 1, § 1; 23, § 1, *ex quib. caus.*, IV, 6. Nuestro Derecho vigente no ha sustituído con nada este caso de restitución; la servidumbre sobre la cosa que esté en tal estado que no pueda usarse de ella, no reaparece cuando se repone en forma de posibilitar el uso si mientras tanto ha transcurrido un espacio de tiempo bastante para extinguirla y ha faltado el uso aunque fuera por imposibilidad; la restitución dependiente de condiciones personales ha sido sustituída por la suspensión de la prescripción. V. el final de este número.

limitativos de la propiedad y los derechos de crédito (1). Las facultades que de aquéllos se derivan para actuar sobre la cosa, de igual suerte que las derivadas de la propiedad para actuar sobre el objeto, se hallan protegidas de un modo directo frente a todos, y no sólo contra el propietario, aun cuando estén determinados de un modo muy distinto los intereses relacionados con la falta de ejercicio de los primeros, y el no ejercicio de las facultades del propietario. Al no ejercicio de las facultades de obrar por parte del propietario no corresponde un interés distinto sino de la persona del que posee la cosa y lo ejercita él mismo; único interés que exige la tutela social, de que ya dispone con el derecho que se le reconoce a adquirir la propiedad después de un ejercicio prolongado, a consecuencia de la cual adquisición sobreviene la pérdida de la propiedad anterior. Solamente quien posee tiene interés en que no se invoquen para combatirlo derechos de propiedad cuya vetustez dificulte la prueba de su falta de fundamento. No hay interés alguno privado ni público en que la cosa permanezca ajena a toda propiedad, porque el presupuesto necesario de la utilización continua de la cosa es dicha propiedad, bien sea privada o pública. Sólo cabe modificar el principio de que la propiedad se pierde por prescripción si erigimos la omisión prolongada de toda clase de utilización de la cosa, en fundamento de la adquisición de la propiedad por parte del Estado. En cambio, hay siempre un interés en el propietario cuando dejan de ejercitarse los derechos reales limitativos del dominio. Y este interés es mucho más digno de protección después de un espacio de tiempo en que los intereses contrarios del titular no se ejercitan, aun cuando tampoco se hayan afirmado durante el mismo, por cuanto socialmente conviene que se reintegren sus elementos todos a la propiedad, porque con esta reintegración cabe esperar que pueda más fácilmente ser empleada como medio para una utilización de la cosa conforme con el interés público. Es, asimismo, más digno de protección el interés que tiene el propietario en que no se

(1) Notan también la analogía algunos escritores franceses: MARCADÉ, ad art. 617, VII; DEMOLOMBE, X. 689; es injusta la censura—LAURENT, VII, 60—de que la observación implique desconocimiento de la variedad entre las dos clases de derechos, tanto más injusta cuanto que LAURENT reconoce que la extinción por desuso entra en el concepto de la prescripción. En cambio, el antiguo reconocimiento de la extinción de las servidumbres y del usufructo por desuso, reafirma su profunda separación con respecto a los derechos de crédito sustraídos antiguamente a la extinción por transcurso del tiempo.

usen facultades que no se basen en un derecho, y en facilitar la prueba de la libertad de la propiedad, cerrando así la puerta a la invocación de derechos no ejercitados durante largo tiempo (1).

Por eso se explica perfectamente que, en relación con la norma que reconoce la adquisición de la propiedad mediante su uso durante un cierto espacio de tiempo, exista otra que, después de ese mismo plazo, asegure la condición jurídica de la cosa tal cual aparece durante el mismo, cancelando las limitaciones a la libertad de la propiedad, de las cuales debían disfrutar aquellos intereses que no se han ejercitado en tal espacio de tiempo (2). Nada de particular hay en la institución que estamos estudiando (3): más bien debe verse una singularidad en el hecho de que excluyera el Derecho romano para algunas servidumbres la pérdida por desuso, en que se la hiciera depender de la llamada *usucapio libertatis*, que tenía como requisito la posesión de la cosa en un estado contrario a la servidumbre misma (4); singularidad que se explica mejor por

---

(1) En este respecto se desarrolla la distinción que introdujo la reforma justinianea (l. 16, C., *de us.*, III, 33, coordinada con la l. 13, C., *de serv.*, III, 34) que prolongó el tiempo para la pérdida del usufructo y de la servidumbre, fijándolo en diez años si tienen su domicilio en la misma provincia el usufructuario y el propietario, y en veinte, si lo tienen en otra distinta; distinción poco congruente con la naturaleza de la institución.

(2) La concordancia de las dos normas aparece de la identidad del plazo en que según el antiguo Derecho romano se producía la extinción del usufructo por desuso, con el señalado por las XII Tablas para adquirir la propiedad con el uso: dos años para los predios, un año para las demás cosas. GAYO, J. II, 41; PAULO, *Rec. sent.*, I, 17, § 1, 2, III, 6, § 30. Pero se trata de normas distintas, y la relativa a la extinción no puede considerarse un desarrollo de la jurisprudencia acerca de la primera, por cuanto que la liberación de la cosa, como se ha dicho, no presupone la posesión de la misma en concepto de libre. Véase ELVERS, § 40.

(3) En contra, ELVERS, *loc. cit.*

(4) La letra de la c. 16 C. *de us.*, III, 33: —*sancimus... nec ipsum usumfructum non utendo cadere... nisi talis exceptio usufructuario opponetur, quæ, etiam si dominium vindicabat, poterat cum præsentem vel absentem excludere*—es por lo demás favorable a la tesis de que JUSTINIANO quisiera suprimir la extinción del usufructo por desuso y sustituirla con la *usucapio libertatis.* Quizá es todavía opinión predominante, WINDSCHEID, § 216, n. 2, la que cree que aquél no intentó sino modificar el plazo de la prescripción extintiva. Se invoca en apoyo de ello la c. 13 C., *de serv.*, III, 34, que es del 531, año inmediatamente posterior a la Constitución en cuestión, en que reproduce su contenido en los siguientes términos: *sicut usum fructum, qui non utendo*

la imposibilidad que hay de deducir el desuso en las servidumbres negativas, como no sea de un acto contrario a ellas, y de la dificultad de comprobar el desuso de aquellas servidumbres positivas cuyo ejercicio depende de una especial disposición material de los fundos, si esta disposición se mantiene tal cual requiere la servidumbre (1).

Hay que rechazar, a la inversa, la opinión de que el fundamento de la pérdida por desuso del usufructo y de la servidumbre sea la voluntad de renunciar. El acto negativo del desuso no basta para inducirla, porque la voluntad de no ejercitar actualmente un derecho puede ir unida a la voluntad de conservarlo, y porque el no hacer determina la pérdida independientemente de la voluntad (2).

Para impedir la pérdida por desuso basta realizar un hecho cualquiera de uso en el transcurso de los treinta años en que el Cód. francés, a semejanza de la Costumbre de París (art. 186), y después el nuestro, han fijado el plazo prescriptivo (b). Comienzan

---

per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium; se invoca el hecho de que se conserven en la compilación todos los textos relativos a la pérdida del usufructo por desuso, y el *finitur ususfructus... non utendo per modum et tempus quæ omnia nostra statuit constitutio* del § 3 II. II, 4.

(1) El Cód. vigente aplica la extinción por desuso a todas las servidumbres prediales, sin subordinarla en ningún caso a la posesión de la cosa en estado contrario a la servidumbre, pero para la extinción de las continuas exige que la cosa esté colocada en ese estado contrario (a).

(a) [Cfr. art. 564, n. 2.° del Cód. esp.]

(2) Ahora más que nunca debe rechazarse la idea de que la presunta renuncia haya podido inspirar el reconocimiento antiguo de la extinción por no uso, ante todo por la segunda razón aducida en el texto, porque como resulta de los testimonios citados en la nota 1 de la p. 763, también el no ejercicio involuntario produce la extinción, aun cuando en algunos casos especiales motive una restitución. Aquella tesis ha sido sostenida aún por ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Unterscheidung. d. serv. rust. et urb.*, cit. por ELVERS, p. 359, que juzga alterado el texto de PAULO, *Rec. sent.*, I, 17, § 1, y cree que debe subsanarse así: *viam iter aquæductum biennio veluti remissa videtur.* Obsérvese en contrario que el mismo PAULO, 20, *quib. mod.*, VII, 4, cree que el usufructuario pierde su derecho por desuso aun ignorando que le correspondiera y aunque haya gozado de la finca como simple usuario. En tal estado de ánimo pudo haber querido no usufructuar, pero no pudo haber querido renunciar al derecho no ejercitándolo.

(b) [En Derecho español, conforme a la doctrina general de la prescrip-

a contarse los treinta años desde el último acto de uso, no desde que pudieron ser percibidos los frutos, porque el ejercicio no consiste sólo en la percepción de ellos (1) (a); pero si no se ha ejecutado acto alguno, desde que hubo posibilidad jurídica de realizarlo, es decir, desde el cumplimiento de la condición, si es que se sometió a ésta la institución, y quedó mientras en suspenso la atribución del usufructo, o desde la llegada del término inicial señalado en el título constitutivo (2). En el caso de usufructo por períodos alternos, si al comienzo de cada período empieza un nuevo usufructo, habrá que decir, como en Derecho romano (3), que la falta de ejercicio de los períodos anteriores no impide que se alegue el derecho distinto de disfrute correspondiente a los períodos sucesivos. Las consecuencias de sustraer el usufructo a la extinción por desuso, no son incompatibles con nuestro Derecho, como pudiera aparecer a

---

ción de las acciones reales, el tiempo necesario para la pérdida del usufructo será el de treinta años, si se trata de bienes inmuebles (art. 1.963), y seis si se trata de bienes muebles (art. 1.962).]

(1) Por consiguiente, si es objeto del usufructo un monte en que las cortas están dispuestas para cada quince años, y después de una de ellas queda inactivo el usufructuario, transcurridos treinta años queda extinguido el usufructo, y no hay necesidad de que hayan transcurrido los treinta desde que pudo y debió hacerse la corta subsiguiente. El acto de uso puede consistir en la recogida de productos secundarios del monte. Si no hubiera posibilidad de hacer nada para obtener utilidad, aplicando por analogía el art. 2.126, debe interrumpirse la prescripción exigiendo que así se declare judicialmente: PROUDHON, 2.121, 2.122.

(a) [Dice entre nosotros SÁNCHEZ ROMÁN (t. III, p. 603) que la prescripción extintiva del usufructo no necesitará, para entenderse empezada, que el usufructuario deje de percibir los frutos, o sea atender a la época de su recolección, sino que *abandone los demás derechos* que como tal usufructuario tiene, permitiendo una posesión contradictoria de los mismos, la cual sirva de base de la prescripción extintiva.]

(2) Por tanto, si se lega a Ticio el usufructo por diez años, y después a Cayo, éste no lo perderá sino después de cuarenta años de abierta la sucesión. Análogamente se resuelve el caso de la venta simultánea del usufructo a varias personas, una después de muerta la otra. A esto es de aplicar, y es el único caso en nuestro Derecho de un usufructo sucesivo, lo que PROUDHON dice para el legado de tal usufructo: 2.117, 2.118.

(3) PAULO, 28, *quib. mod.*, VII, 4; en contra, PROUDHON, 2.114-2.116, y DEMOLOMBE, X, 698, los cuales por lo demás se fijan en el usufructo alternativo, en que hay una división *formal* únicamente y no *sustancial* del disfrute; v. t. I, p. 242; ésta es indudablemente inadmisible en nuestro Derecho.

primera vista, habiendo en cuenta que únicamente son aplicables al constituyente o sus herederos, y que responden al propósito del que estatuye una disposición de esta clase; porque, según veremos ahora, el tercer poseedor de un fundo sobre el cual no han sido adquiridos estos derechos separados, antes de adquirirlos él, queda libre siempre si no se ejercen durante treinta años.

Sólo un hecho voluntario puede constituír un acto de ejercicio o de uso (1); por eso no basta que el usufructuario obtenga una utilidad de la cosa, sino que es necesario que haya querido obtenerla de ella y obtenerla por razón de su derecho. La falta de uso determinante de la pérdida es independiente de la voluntad; pero el acto que determina la conservación tiene siempre por factor dicha voluntad (2). Dueño es el usufructuario de limitar su disfrute, de satisfacerse con lo que puede obtener del fundo como usuario, y muy bien puede contentarse con pasear y cazar, sin modificar el derecho que le corresponde; el derecho queda tal cual estaba cuando nació, sea cualquiera la forma y medida en que se ejercite. El ejercicio, por lo demás, debe estar comprendido en el contenido que al derecho asigna el título; si de éste se excluyeron una o más facultades de disfrute y fueran éstas precisamente las únicas que ha usado (como si al usufructuario se le prohibe cazar o que aproveche los pastos, y durante los treinta años no hubiese hecho otra cosa que cazar o enviar sus ganados a pacer en el fundo) no hay verdadero ejercicio del derecho (3) y el no ejercitado se pierde, ya que de los actos de disfrute singulares y disconformes con el mismo,

---

(1) Después de la exposición hecha del concepto de ejercicio (v. p. 666), me parece superfluo advertir que entre los actos de uso, no debe contarse el cumplimiento de una obligación cualquiera de las que incumban al usufructuario, como el pago de contribuciones, que puede realizar sabiendo o no sabiendo que se trata de impuestos atinentes al fundo usufructuado; si bien pagándolos mientras dura el usufructo, perdido éste no puede repetir contra el propietario.

(2) No puede por eso tratarse de mera conservación de la posesión, que, una vez adquirida, perdura independientemente de la voluntad. De consiguiente, es posible que el usufructo se extinga aun conservando el usufructuario la posesión inmediata de la cosa y que la conserve por su medio el propietario; y es también posible que el desuso vaya acompañado de la pérdida de la posesión, y que a la adquisición y a la conservación de la posesión por parte de otros siga la pérdida de la propiedad.

(3) Este es el significado del pasaje citado de la Instituta, § 3, *de us.*, II, 4; cfr. VOET, *ad Pand, h. t.*, n. 5; *Plane si certus utendi fruendi modus in usufructu constituendo expressus fuerit, veluti, ut quis aestate uteretur, non*

no puede derivarse la adquisición de un derecho correspondiente a estas facultades sueltas, porque semejante figura la desconoce nuestro sistema jurídico (1). Pero si resulta que la actividad limitada de disfrute la ha practicado quien ignoraba que era dueño del usufructo o creía tener el uso o que se le había concedido permiso para cazar o atravesar el fundo ajeno, semejantes actos no sirven de ejercicio para el usufructo, e impiden no sólo después de expirado el plazo prescriptivo alegar el derecho íntegro, sino incluso aquel derecho limitado que ejercitó, a menos que se haya ejercitado y adquirido un derecho real de uso simultáneamente a la pérdida del usufructo por prescripción (2).

Hay pérdida parcial del usufructo cuando la cosa objeto del mismo se divide entre usufructuario y propietario, o, por cualquier razón, con un tercero, créase o no en la procedencia de su derecho, y el disfrute de aquél continúe únicamente sobre la parte que se le haya adjudicado. También puede ocurrir esa pérdida sin necesidad de división previa alguna de la cosa si se une al mismo usufructuario en el disfrute el propietario o un tercero a quien ningún derecho corresponda sobre la cosa. En el primer caso, queda reducida la antigua pertenencia del derecho sobre la cosa íntegra, a la de la parte adjudicada en disfrute al usufructuario; en el segundo a la pertenencia de una parte alícuota del derecho sobre la cosa entera, consolidándose el resto con la propiedad, o adquiriendo el tercero el derecho al disfrute de una parte alícuota (3).

El acto de ejercicio puede consistir, bien en un acto del propio usufructuario, bien de otro cualquiera que ostente su representación en dicho ejercicio; por consiguiente, puede realizarlo válidamente, además de su representante y mandatario, quien asuma el ejercicio

---

hyeme ut agro ad pascua uteretur et ille hyeme usus sit, aut foenum segetesve ex agro collegerit, non utendo per modum perire jus ususfructus innuitur.

(1) V. t. I., nn. 50 y ss.

(2) V. las resoluciones citadas en la nota 2 de la p. 766.

(3) En este sentido, y sólo en el mismo, habla de extinción parcial del usufructo por desuso POMP., 25, *quib. mod.*, VII, 4. Cfr. también POMP., 14, *eod.* Es inútil advertir que no hay extinción parcial cuando el usufructo constituído sobre varias cosas es ejercitado sobre una de ellas. Tantos como objetos son los derechos existentes, aunque fueran adquiridos en un solo acto. El usufructo del patrimonio persiste sobre las demás cosas si el usufructuario no usa de algunas de las que están en el patrimonio; como persiste también si quedan destruídas algunas de ellas, si adquiere la propiedad de algunas o cede su usufructo al propietario; y persiste, con las obligaciones a él inherentes, como

como gestor del negocio (1), o aquel a quien el usufructuario haya arrendado o prestado la cosa usufructuada (2). También ejercitan el derecho el subarrendatario en representación del usufructuario (3) y el propietario a quien el usufructuario haya arrendado la cosa (4). Si el propietario a quien se ha dado la cosa en arrendamiento la vende o la arrienda como libre de usufructo, el comprador o el arrendatario no representan ya en el disfrute al usufructuario, y por eso se extingue el usufructo, aun cuando el propietario arrendatario continúe satisfaciendo la merced y en ésta encuentre el usufructuario un equivalente del disfrute; salvo siempre, claro es, la responsabilidad contractual del propietario (5). Ahora bien; enajenado el usufructo, bien a título oneroso o gratuito, el determinar si hay o no actos de disfrute ha de averiguarse en relación a la persona del adquirente y de sus representantes (6).

A la prescripción por desuso es aplicable el principio de la interrupción natural de la prescripción en el sentido de que, recuperándose el uso de la cosa omitido durante un espacio inferior a los

---

usufructo del patrimonio, en tanto que quede sometida a éste una sola de las cosas pertenecientes al mismo. V. el l. III, cap. IX.

(1) ULP., 12, § 2, *de us.*, VII, 1.

(2) El mismo fragm., y MARCIANO, 28, *eod.*

(3) POMP., *ap.* ULP. 29, pr. *quib. mod.*, VII, 4.

(4) El mismo fragmento.

(5) Así también el citado texto de POMPONIO.

(6) Los hay porque en Derecho romano no estaba admitida la transmisión del usufructo, sino la constitución de un derecho distinto del de usufructo mediante la cesión, y, según las opiniones de MARCIANO, 38, VII, 1, y GAYO, 30, *eod.*, ya estudiadas, se consideraba que el usufructuario que vendía o encontraba en el disfrute del precio un sustitutivo del de la cosa permanecía en el goce del usufructo, aun cuando el comprador hubiera perdido por desuso el derecho constituído a su favor. Sostienen una interpretación opuesta, creyendo que el usufructuario cedente, no quiso no disfrutar, sino procurarse el disfrute en forma distinta, por lo cual no se dan las condiciones necesarias para que pueda perderlo por desuso, aunque el cesionario abandone completamente el ejercicio por su parte, PROUDHON, 2.110; SALVIAT, II, 46, y LAURENT, VII, 62, y es un criterio aplicable también al Derecho vigente; siendo de extrañar que LAURENT reconozca que el usufructo se transfiere al cesionario; esta interpretación es rechazada por la mayoría de la escuela francesa: MARCADÉ, ad art. 617, VII; GENTY, 278; DEMOLOMBE, X, 695; AUBRY y RAU, § 234, n. 11, y PACIFICI-MAZZONI, 648, notando su evidentísima incompatibilidad con los motivos de la prescripción extintiva de los derechos reales fraccionarios. V., más atrás, nota 1, ps. 676-677.

treinta años, la recuperación inicia un nuevo plazo (art. 2.124) (a). Es aplicable el principio de la interrupción civil (art. 2.125) (b), porque cuando el disfrute encuentra obstáculos en el poseedor del fundo, esa interrupción la produce el requerimiento hecho a éste o la demanda judicial para que el Tribunal ordene que deje expedito el uso de aquel derecho. Asimismo se aplica al caso de que no sea posible acto alguno de ejercicio a consecuencia del estado actual de la cosa, porque la tutela de la conservación puede obtenerse acudiendo a los tribunales para que declaren la persistencia del derecho. Evidentemente que si las condiciones de la cosa permiten el ejercicio del derecho en cualquier forma, y no encuentra obstáculo para ello en la conducta del propietario, no hay requerimiento ni litis promovida por el usufructuario que sea bastante a sustituír los actos de ejercicio, o a excluír o aplazar las consecuencias de haberlo suspendido. Se ha hablado de interrupción civil para el caso de mediar pactos con el propietario a fin de abandonarle temporalmente el disfrute; pero en esto no hay más que una entrega precaria al propietario, quien continúa ejerciendo el derecho en nombre del usufructuario. El precepto relativo a impedir los efectos de la prescripción, consignado en el artículo 2.120, es aplicable en el sentido ya indicado, no transcurriendo los treinta años sino desde el momento en que el usufructuario pueda jurídicamente comenzar a ejercitar su derecho. Los principios acerca de la suspensión de la prescripción se aplican también al caso y al tiempo en que entre usufructuario y propietario medie uno de los vínculos señalados en el artículo 2.119: el usufructo correspondiente a un cónyuge sobre los bienes del otro, o al administrado sobre los bienes tenidos por el administrador legal, etc., no se perjudican por la interrupción del uso: a los obstáculos que en tales relaciones se encuentran para una afirmación eficaz del derecho, hay que agregar que el uso por parte del propietario, se puede considerar como uso en interés del usufructuario representado por el mismo, o que con él se halla en comunidad de vida. También se aplica la suspensión de la prescripción a favor de los menores, interdictos y militares en tiempo de guerra (2.120); pero respecto a los inmuebles, únicamente contra aquellos de quienes se haya adquirido el usufructo y frente a sus herederos; en cambio, el tercer poseedor de los inmuebles puede aprovecharse de la prescripción aun contra las personas privilegia-

(a) [Se corresponde con el art. 1.944 del Cód. esp.]

(b) [Concordante con el 1.945 del Cód. patrio.]

das, es decir, aquel poseedor que ha adquirido después de constituído el usufructo (art. 2.121).

377. La conclusión expuesta últimamente, exige una justificación más fundada que la invocación del artículo 2.121; es manifiesto que todos los preceptos relativos a la interrupción y suspensión prescriptivas, se dictaron en vista de casos distintos a la pérdida del usufructo y de las servidumbres por el desuso. La aplicación de estas reglas a nuestro asunto, apenas si se dibuja como una posibilidad, que no estudia en manera alguna la doctrina francesa. Verdad es que carece de equivalente en el Código francés el principio de dicho artículo 2.121, que reitera, pero ampliándolo a todos los derechos que puedan alegarse sobre inmuebles, el principio del 2.030, el cual preceptúa la extinción de las hipotecas por prescripción, realizable respecto a los bienes poseídos por terceros mediante el transcurso de treinta años (a). El artículo 2.030 corresponde al 2.180 del Código francés, que dice que la *prescription de l'hypotèque quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit.* Media una diferencia capital entre las disposiciones de los artículos 2.030 del Código italiano y 2.180 del Código francés; el plazo de prescripción de la hipoteca de los bienes poseídos por terceros, lo fija nuestro Código en treinta años; el francés señala, para la prescripción de la propiedad, el plazo de treinta años, si no hay título ni buena fe, y el de diez o veinte para el que comienza a prescribir reuniendo estos dos requisitos; con esta diferencia se enlaza la exigencia expresa del artículo 2.180 de que se efectúe la inscripción al comenzar el plazo prescriptivo cuando el título así lo exija. Pero, prescindiendo, por ahora, de esta diferencia, no cabe duda que, tanto el artículo 2.030 del Código italiano como el 2.180 del francés, reconocen una prescripción extintiva de la hipoteca cuando se da el requisito de que posea un tercero los bienes hipotecados, pero no la usucapión de la propiedad; quien adquiere la posesión a título de propietario, queda libre de la hipoteca al transcurrir treinta años de constituída, tanto si al transcurrir este plazo como poseedor legítimo se convierte en propietario también legítimo, como asimismo, y con mayor motivo, si ha advenido propietario al comenzar los treinta años en virtud de un título válido y eficaz. Esta prescripción

(a) [El Derecho español regula con criterio diferente la prescripción de la acción hipotecaria. V. el art. 1.964 del C. c. y el 128 de la Ley Hipotecaria.]

consignada en los preceptos citados, se aproxima conceptualmente a la *usucapio libertatis* en cuanto al requisito de la inacción de la persona contra la que corre; pero adiciona una condición especial relativa a la persona a cuyo favor transcurre; esto es, el que posea los bienes (1). A tenor de los artículos 2.030 y 2.121, la persona respecto a la cual ha sido adquirida la hipoteca, no libera la propiedad sino con la extinción del crédito, y aun en el caso de inactividad prolongada del acreedor, en un plazo que puede continuar indefinidamente más allá de los treinta años, cuando el crédito pertenezca a una persona asistida de un privilegio, o la atribución del crédito está sometida a condición o tiene señalado un plazo para su ejercicio; aquél, en cambio, que adquiere la posesión de bienes hipotecados y los posee durante treinta años, queda liberado si el acreedor no ha alegado judicialmente su derecho contra él en aquel plazo, sean cualesquiera las circunstancias que dificulten o imposibiliten su ejercicio, ya que para proteger el derecho no ejercitado actualmente, dispone el acreedor de una acción preventiva: la de que se le reconozca su derecho (art. 2.126); y creo que es de aplicar esta misma regla a la pérdida del usufructo por desuso. Las personas respecto a las cuales fué adquirido el usufructo (entre ellas, aun la que tiene la propiedad del fundo en el momento de realizarse la prescripción adquisitiva del mismo) únicamente quedan libres de dicho usufructo al cumplirse los treinta años de desuso, cuando el

(1) Con razón advierte BEKKER, § 38 B., que la distinción corriente entre prescripción extintiva y prescripción adquisitiva, es producto de una incompleta observación: a toda pérdida por el transcurso del tiempo corresponde una adquisición (pérdida sin adquirir sólo puede darse reconociendo que la propiedad puede perderse por desuso; adquisición sin pérdida sólo cabe si la posesión continuada se requiriese para adquirir la propiedad de las cosas *nullius*); a la extinción del crédito por prescripción corresponde la libertad del deudor; a la extinción de los derechos reales por desuso, la reintegración de la libertad de la propiedad; la pérdida de ésta, a la adquisición de la misma por prescripción. La prescripción que se consuma a consecuencia exclusivamente de la inactividad del titular de un derecho, puede distinguirse de la que exige el requisito concurrente de la posesión (o, en general, de una cierta conducta) por parte de la persona que adquiere. Y según esta distinción, a la prescripción de acciones, reunida en una única categoría con la pérdida por desuso del usufructo y de la servidumbre, se contrapone la prescripción adquisitiva de la propiedad y de los derechos reales, reunida en una sola clase con la *usucapio libertatis* del Derecho romano, y yo agrego que con esta prescripción que examinamos ahora a favor del tercer posedor.

usufructuario (o el cesionario del usufructo) no pueda alegar su condición privilegiada para defenderlo, mientras tal condición dure, de las consecuencias de la inacción; o al vencer los treinta años del no uso computados desde el día de la atribución del usufructo, o cumplirse el término señalado en el acto constitutivo, haya sido posible ejercitarlo; en cambio, el adquirente del fundo sujeto a usufructo queda liberado si no se ejercita aquél durante treinta años después de adquirido.

Pero no creo en manera alguna aceptable bajo el imperio de nuestro Código la tesis que sostiene la inmensa mayoría de la doctrina francesa (1) de que la liberación del usufructo ocurra antes de los treinta años en favor de quien adquirió la propiedad mediante título válido y eficaz para transmitírsela, o del que ignore los vicios existentes y haya conservado la posesión durante diez años después de la transcripción del título (o por veinte, como distingue el Cód. francés, en caso de ausentes) (b). La escuela francesa cree justificarlo con el artículo 2.265, que regula la prescripción adquisitiva de la propiedad, señala para ella diez o veinte años y equivale a nuestro artículo 2.137 (c); y estima que eso basta para excusar la reproduc-

(1) POTHIER, *Douaire*, 249; PROUDHON, 2.123-2.129; TOULLIER, III, 458; DURANTON, V, 691; DELVINCOURT, I, 585; VAZEILLE, *Prescription*, II, 523; TROPLONG, *Prescription*, 854; MARCADÉ, ad art. 624, n. 6; AUBRY y RAU, § 234, nn. 48-49; DEMOLOMBE, X, 742; LAURENT, VII, 89; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Biens*, 768; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Prescription*, 696. Muchos opinan también que por la prescripción de diez a veinte años, queda libre de servidumbres el fundo: VAZEILLE, I, 419 y II, 529; TROPLONG, 853; LAURENT, VIII, 314. En contra: TOULLIER, III, 688; PARDESSUS, *Servitudes*, 306; AUBRY y RAU, § 255, n. 22; DEMOLOMBE, XII, 1.004; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, 1.165; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, 696 (a).

(a) [COLIN y CAPITANT admiten la extinción del usufructo por la prescripción adquisitiva de diez a veinte años, rechazando, en cambio, la de las servidumbres (*Curso*, edic. esp., t. II, p. 1.154.)]

(b) [También en la doctrina española es general la opinión de que queda extinguido el usufructo por la usucapión a favor de un tercero del dominio absoluto de la cosa gravada con aquél. V. MANRESA, p. 533, y DE BUEN, en la *Enciclop. Jurídica Española*, t. cit., p. 606.]

(c) [En Derecho español se justifica por la referencia que a los plazos, más cortos, de la prescripción extintiva hacen el art. 1.962 para las acciones reales sobre los bienes muebles, y el 1.963 para las inmobiliarias.]

ción que se ha hecho de él bajo el régimen vigente de nuestro Código (1); quizá pueda defenderse la tesis en Derecho francés aunque fundándola en otra cosa, esto es, acudiendo a una aplicación analógica del art. 2.180. El 2.265 es completamente extraño al caso, porque si la propiedad es compatible con el usufructo no es comprensible cómo la seguridad que ha querido dársele después de transcurrir diez o veinte años de la adquisición de la propiedad, deba y pueda causar el efecto ulterior de la liberación del usufructo. Para este efecto, no basta el requisito concurrente de la buena fe respecto a la libertad de la propiedad, es decir, la ignorancia excusable sobre la existencia del usufructo al realizar la adquisición. No es posible, por tanto, reputar que quien adquiere como libre la propiedad del fundo adquiera al propio tiempo su usufructo, y lo haga en condiciones de asegurarse la adquisición de la propiedad y del usufructo cuando no posea sólo como propietario, sino que además disfrute del fundo (2). Pero, como decía, cabe intentar una aplicación analógica del artículo 2.180 y afirmar que si con la prescripción de diez o de veinte años, la propiedad se libera de la hipoteca, *a fortiori* se libera del derecho de usufructo. No sólo es imposible en nuestro Código esta aplicación analógica, dada la nueva forma del artículo 2.030 y la inadmisibilidad de que la hipoteca se extinga frente al tercero que asegure la adquisición de la propiedad con menos de treinta años de posesión, sino que en oposición abierta con el reconocimiento de la *usucapio libertatis* decenal, se halla el citado artículo 2.121 en cuanto reconoce una forma muy semejante a dicha *usucapio libertatis*, siquiera lo haga en favor de quien posea durante treinta años.

Otra razón quiere hallarse en favor de esta más breve prescripción liberatoria al decir que el usufructo se adquiere mediante pres-

---

(1) Por PACIFICI-MAZZONI, *Distinzioni dei beni*, 677-678. La misma tesis sostiene BORSARI, § 1.039; y la acepta para el usufructo, aunque no para la servidumbre, MELUCCI, *Sistema ipotecario*, lec. LII, n. 5. La cree aplicable, tanto para el usufructo como para la servidumbre, PATERNO CASTELLO DI BICOCCA en el *Foro it.*, 1896, 965; la combaten RICCI, V, 246; PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 323-327 bis y CLAPS en el *Foro it.*, 1898, 201. Entre las sentencias que la rechazan en la servidumbre, v. Cas. Palermo, 10 junio 1889 (*Legge*, 1890, II, 335); Cas. Turín, 30 abril 1900 (*Giur. tor.*, 1900, 480), 8 julio 1905 (*Foro*, 1905, 1439) y 30 noviembre 1906 (*Giur. tor.*, 1907, 100).

(2) AUBRY y RAU, § 234, n. 19, notan perfectamente la endeblez de esta argumentación.

cripción decenal. Ahora bien, si el usufructo lo adquiere con buena fe el no propietario, sobre un fundo gravado ya válidamente con el usufructo, los derechos de tal adquirente prevalecerán sin duda alguna, después de ejercitarlos un decenio, sobre los del verdadero titular del usufructo. Es decir, que aquí se llega a reconocer, contra la letra del artículo 515, la extinción del usufructo por desuso durante diez años. ¿Por qué ha de ser más favorable la causa del usufructuario frente a quien adquiere *a non domino,* ignorando su derecho de usufructo, que frente a quien adquiere la propiedad plena *a non domino* o *a domino,* ignorando también su derecho? Esta alegación encierra una ambigüedad. Con la adquisición del usufructo por prescripción, no se extingue el usufructo preexistente sobre la cosa misma; la prescripción ocasiona una pérdida de entidad igual a la adquisición; la usucapión del usufructo no impide que perdure el usufructo preexistente, aun cuando el titular del mismo que no se haya defendido oportunamente quede imposibilitado de ejercitarlo mientras dure el nuevo usufructo. Aunque equivalga económicamente esa extinción a la del usufructo, si dura tanto como duraría el usufructo cuyo ejercicio está en suspenso, no quiere decir que tal impedimento temporal equivalga jurídicamente a una verdadera extinción. El usufructuario puede tener la seguridad de que su derecho no se extingue si no abandona el ejercicio del mismo durante treinta años; en cambio, sabe que está expuesto a que se le prive de una cantidad de disfrute igual a la que el otro obtenga con la prescripción de diez años (1).

378. El Código francés es el único que sanciona los abusos del usufructuario con la privación del usufructo, y a semejanza suya lo

(1) No se me ocultan los inconvenientes que presenta esta solución estrictamente jurídica; pero esos inconvenientes dependen de la amplitud excesiva con que nuestro Derecho conserva la prescripción y del imperfecto régimen de publicidad inmobiliaria, que debería modificarse para que fuera conocida siempre del adquirente la existencia del usufructo sobre un fundo. Ahora bien: más inaceptables son aún las consecuencias derivadas de la solución contraria, no en cuanto se refiere al usufructo, sino respecto a las servidumbres, para las cuales habría que reconocer igualmente que se extinguen por prescripción de diez años. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto (Boll. dell'Ist. di dir. rom.,* XXII, 125), dice que en el Derecho clásico la usucapión de la cosa implicaba la extinción del usufructo como *pars dominii* y que la doctrina opuesta surgió en el Derecho justinianeo en una interpolación a la respuesta de PAP., 44, § 5, *de usurp.,* XLI, 3.

hace el nuestro, así como algunos pocos de los derivados de ellos (a). El primitivo proyecto de Cambacères (1), únicamente decía que en caso de abusos del usufructuario podía obligarse a éste a resarcir los daños, y cabía también que se le privara del goce en especie, dejándole reducido a percibir una pensión del propietario si no daba fianza de disfrutar como un buen padre de familia. El tercer proyecto (2), que acogió la obligación general de afianzar al comenzar el usufructo, reprodujo únicamente la primera parte de esta disposición. En el proyecto de la Comisión nombrada el 21 termidor del año VIII, que sirvió de base al Código de Napoleón, fué donde por primera vez se dispuso la extinción del usufructo por causa de abusos del usufructuario; disposición criticada acerbamente por varios Tribunales de Apelación, que propusieron que se suprimiera y se volviese al proyecto de Cambacères (3). Ni en el Consejo de Estado, ni en el Tribunado (4), acudió nadie a su defensa, girando la discusión principalmente en torno a los derechos de los acreedores del usufructuario, y reformándose la redacción primitiva en el sentido de rechazar que la privación se diese de pleno derecho y hacer que el juez pudiera condenar al propietario a satisfacer una pensión, no a los acreedores, sino al usufructuario culpable de los abusos (5). Pues bien; sin discusión y sin más variante que las modificaciones que he de indicar, pasó del Código francés al nuestro.

Es evidentísimo que no existía disposición análoga en el Derecho romano, habiéndose invocado erróneamente el pasaje de la Instituta: *finitur usus fructus non utendo per modum*. El *modus* es un

---

(a) [El español la rechaza expresamente, diciendo que «el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración» (art. 520).]

(1) FENET, *Travaux préparatoires du C. Nap.*, I, p. 42.

(2) FENET, I, p. 245.

(3) Agen, Lyon, Orleans, Poitiers; v. FENET, III, 11; IV, 102; V, 55 y 301. Sólo el Tribunal de Metz, de entre los que formularon observaciones, mostró su conformidad: FENET, IV, 372.

(4) El tribuno GARY fué el único que defendió la razón que asistía para privar del disfrute al usufructuario que abusara, «porque de otra suerte se reconocería el derecho de anular la propiedad»: FENET, XI, 240.

(5) FENET, XI, 200.

elemento accidental del título constitutivo, que modifica el normal contenido del usufructo y mediante el que queda privado de algunas de las facultades derivadas de la potestad, que ordinariamente confiere, de obtener de la cosa toda clase de utilidades mientras el derecho dura. El *non uti per modum* significa falta total de ejercicio en los límites señalados por el *modus* (1), no aquel ejercicio que salga fuera de tales límites. La extralimitación constituye un abuso que puede reprimirse, pero que no acarrea la extinción del usufructo; y menos aún la implica una extralimitación del ámbito connatural al usufructo, o la modificación del destino específico de la cosa, o su deterioro, o la falta de conservación; en todos estos casos se cumple la condición del deber de resarcir que se ha asumido al prestar la *cautio* (2), sin que advenga la pérdida del usufructo. Tampoco puede hallarse el germen de la disposición citada en el pasaje que declara responsable al marido por la corta de árboles no maderables del fundo dotal (3), uno de los casos que en el Derecho común con más frecuencia se ha tratado de relacionar con la privación por abuso. Por último, se debe a un completo desconocimiento del régimen jurídico romano, en materia de protección del daño temido, el haber creído encontrar sancionada la privación en aquel pasaje (4) que prohibe gozar al usufructuario, cuando por haber dejado de prestar fianza, se haya posesionado de la cosa al amenazado del daño, y por no haber realizado el usufructuario lo conveniente para alejar aquel daño, el propietario haya tenido que atender a él o echar sobre sí la obligación. Trátase de una desposesión temporal que sustituye a la promesa de resarcir el daño si éste ocurre, y que permite el restablecimiento de la posesión y del goce cuando haya habido resarcimiento.

Algunos tratadistas de Derecho común han creído, además, que fundado en estos textos, y análogamente al comiso con que se castiga al enfiteuta que no cumple sus obligaciones o a la resolución que por incumplimiento de sus deberes amenaza al arrendatario, debía otorgarse al dueño como defensa extrema, la facultad de extinguir el usufructo (5). Esta doctrina está propugnada especialmente en al-

---

(1) V., más atrás, ps. 768-769. Cfr. POTHIER, *Douaire*, 249.

(2) *Committitur stipulatio:* ULP., I, § 5, *usufr. quemadm.*, VII, 9.

(3) ULP., 7, § 12, *sol. matr.*, XXIV, 3.

(4) ULP., 1, § 5, *de damn. inf.*, XXXIX, 2.

(5) V., por ejemplo, FABER, *Cod. Fabr.*, l. III, tit. XXIII, def. 2 y CASTILLO DE SOTOMAYOR, *de us.*, c. XXI.

gunos consilistas (1), pero no se elevó, como pretende CASTILLO, a la consideración de doctrina dominante (2), antes bien la rechazan categóricamente insignes jurisconsultos (3). Entre los que se muestran favorables deben mencionarse ciertos intérpretes del antiguo Derecho francés (4); por lo demás, la privación la consagran expresamente algunas Costumbres (5), y otras la excluyen, como la Costumbre de Bretaña (art. 468), que disponía pudiese ser privada la viuda del disfrute en especie, pero imponiendo al heredero la carga de entregarle los productos netos. Y POTHIER (6) dice que este precepto es el que debe seguirse donde rijan Costumbres que carezcan de disposición especial para el caso.

La asimilación advertida del usufructuario con el enfiteuta (a quien se conmina de comiso si no mejora el fundo) y con el arrendatario (expuesto igualmente a la resolución del contrato si no cumple sus obligaciones), es fundamentalmente errónea. El arrendatario posee un derecho de carácter personal al disfrute, derivado de un contrato sinalagmático, y que puede alegar en cuanto cumpla las obligaciones que fueron causa del contrato. El enfiteuta tiene un derecho real, pero asimismo derivado de un contrato sinalagmático; se le ha reconocido aquél para que cultive y mejore el fundo; si no realiza tal fin, está justificada la privación de su derecho. En cambio, las obligaciones que se imponen al usufructuario no están en razón de causa a efecto con la atribución del usufructo; nacen completamente aparte del acto atributivo (que puede tener una

---

(1) V., por ejemplo, MENOCHIO, *de arbitr. jud.*, l. II, cent. I, c. 78; RUINI, *Consilia*, l. II, cas. 43, n. 11; cas. 48, n. 12; l. IV, cas. 57, y en particular MALVASIA, l. I, cas. 38.

(2) Algunos de los escritores citados por CASTILLO como favorables, o no hacen más que afirmaciones genéricas acerca de la responsabilidad del usufructuario que abusa, o hablan de privar del disfrute, por sus abusos, al enfiteuta o al arrendatario, sin reconocer la asimilación de ellos al usufructuario, como lo hacen FABER y CASTILLO; así, por ejemplo, TIRAQUELLO, *de retract. convent.*, § 3, gl. 1, n. 31: *emphyteutam colonum et alios hujusmodi posse expelli si excidant arbores grandes et frugiferas.*

(3) V., por ejemplo, VOET, *ad Pand.*, l. VII, tít. IV, n. 5: *et generaliter ob solum rei fructuariae abusum fructuarium non esse usufructu privandum extra dubium est.*

(4) MERLIN, *Rép.*, v. *Usufruit*, § 5, art. 4, y los demás citados por DEMOLOMBE, X, 716.

(5) Costumbre de Anjou, art. 311; del Bourbonnais, art. 264.

(6) *Douaire*, 262.

causa de liberalidad o una causa onerosa), y son consecuencia del discernimiento del derecho (1). Agréguese que el comiso en la enfiteusis y la resolución en el arrendamiento, llevan consigo la exención del enfiteuta de pagar el canon, y la del arrendatario de abonar la merced; la privación del usufructo, en la mayor parte de los casos, constituye una pérdida a secas para el usufructuario.

Ninguna de las demás razones alegadas para justificarlo llegan a convencernos. Reconocida la transmisibilidad del usufructo, no necesitan asegurarse los derechos del propietario con la privación de él por abuso. Al derecho que le corresponde cuando esto ocurra es más adecuada la obligación de resarcir, y para protegerlo contra la repetición de estos abusos, existe el secuestro y la privación del disfrute en especie. ¿Por qué, aun siendo grave, el abuso del usufructuario ha de brindar una ocasión de lucro al propietario?; ¿por qué la reacción contra el dolo del deudor de una obligación, contra el delito civil mismo, no va más allá del logro del resarcimiento de los daños directos, previsibles o no, y la reacción contra los abusos del usufructuario, que hasta pueden no ser intencionales, ha de causar en su patrimonio una pérdida enormemente desproporcionada? El que no halle contestación a estas interrogaciones, debe tratar de suavizar la dureza del precepto y hacer su aplicación más razonable.

Sólo a instancia del propietario (2) puede declarar el Juez la

(1) La venta del usufructo es un contrato sinalagmático, pero la obligación causa de la atribución del usufructo, no consiste más que en la obligación de entregar el precio. Asimismo es inaplicable el principio de la revocación de la donación por incumplimiento de las cargas que invoca BIANCHI, VII, 299, el cual, si bien dice que el artículo 516 está conforme con los principios, olvida decir a qué principios habrá que acudir para la extinción del usufructo constituído *mortis causa;* siempre resultará que las obligaciones inherentes al usufructo no se imponen por el acto de la donación.

(2) Del propietario o de los acreedores del propietario; claro está que el cousufructuario carece de personalidad para pedirla; a éste no le corresponde más que una acción para exigir el resarcimiento de daños y la división contra los abusos de sus coasociados en el disfrute: tampoco tiene personalidad para hacerlo el llamado al usufructo después de un plazo fijo, pues no tiene más que la acción para que le resarzan de los daños: PROUDHON, 2.448, 2.449. En cambio, puede deducirla el propietario bajo condición, que protege, juntamente con sus derechos, los del propietario futuro si la condición no se cumple: Apel. Bolonia, 6 octubre 1881 (*Annali*, 1881, 373); y no veo razón para negarla a quien sea propietario de parte alícuota de un inmueble sujeto en

privación del usufructo contra el usufructuario que abusa, y surtirá efecto desde el día en que se deduzca la demanda (1). Únicamente se puede declarar respecto a aquellos bienes en los que se haya cometido el abuso (2). El apartado 1.° del artículo 516, autoriza al Juez para tomar ciertas medidas, según las circunstancias; medidas que son cuatro, a saber: exigir fianza al usufructuario que esté exento de ella; el arrendamiento de los bienes usufructuados; entregarlos en administración a expensas del usufructuario; o dar la posesión y el goce al propietario, obligándole a satisfacer al usufructuario una cantidad fija anual (a). El arrendamiento impuesto, que habrá de pactarse en la forma y condiciones que diga el Juez, implica también que se le prive al usufructuario de la administración, quedándole el derecho de percibir la merced, así como el de que le rinda cuentas y entregue los productos percibidos el administrador. Con la obligación de rendir cuentas y de entregar los productos, puede confiarse la administración al propietario mismo, en vez de asignarle el goce con la obligación de pagar una cantidad determinada.

Estas cuatro medidas producen el solo y único efecto de proteger al propietario contra los abusos futuros y son independientes del derecho que le corresponde a obtener el resarcimiento de los daños causados por los abusos ya cometidos. Pero el Juez puede optar por una cualquiera de estas medidas «según las circunstancias», y en vez de declarar la privación del usufructo, si aprecia que tales circunstancias permiten considerar completamente subsanadas las consecuencias del abuso con el resarcimiento realizado, ordenar sólo la privación cuando sea imposible subsanarlas. Contra lo que dice PROUDHON (3), cuya interpretación acentúa la dureza

---

parte al usufructo hasta que se practique la división y se le adjudique su parte, como lo ha hecho el Trib. de Apel. de Mesina, 20 febrero 1883 (*Foro Mess.*, 1883, 128).

(1) No ciertamente con obligación para el usufructuario de restituir los productos percibidos después de realizados los abusos. Así opina también PROUDHON, 2.493, 2.494.

(2) Así DUMOULIN, *Sur la cout. de Paris*, 1, § 1, gl. 1, n. 46; en contra, PROUDHON, 2.460 y ss. Esta es una consecuencia necesaria de la distinta individualidad de los derechos de usufructo, a causa de los bienes que forman su objeto.

(a) [A este último remedio se refiere exclusivamente el art. 520 del Código esp.]

(3) Números 2.428, 2.429. Cfr. también DEMOLOMBE, X, 724.

del precepto, no hay que considerar independiente y distinto el recurso de la privación del ordinario que consiste en la responsabilidad por daños, de suerte tal que pueda el propietario exigir la liberación del usufructo consiguiendo un enriquecimiento gratuito después de obtener cuanto le podía corresponder a título de resarcimiento. A la privación del usufructo debe asignarse la función de un sustitutivo de aquél, que procede, por ejemplo, cuando arbitrariamente el usufructuario haya alterado la sustancia de la cosa infringiendo el derecho del dueño a que se conserve el destino específico de ella, pero sin producir la disminución del patrimonio, o sea la función de un complemento del resarcimiento respecto a los daños cuya cuantía, si bien puede señalarse, no representa todas las consecuencias patrimoniales de los abusos. No debe considerársela simplemente como una modalidad de resarcimiento; no pueden, indudablemente, limitarse las facultades del Juez para que imponga el pago de una cierta cantidad a título de daños, en vez del beneficio, de incierta cuantía, de extinguir el usufructo; por eso cuando se han fijado los daños, no puede eludir el reconocimiento de un crédito fijo, dejando al dueño que obtenga el pago, bien con las rentas o con el valor del usufructo, sobre los demás bienes del usufructuario. Pero cuando los abusos declarados originan consecuencias que no pueden medirse, el Juez debe usar legítimamente de la facultad discrecional que se le confiere y procurar al propietario una compensación liberándole del usufructo.

Por ello se ha declarado que el Juez no merece censura (1) por haber elegido entre la privación u otra cualquiera de las medidas previstas en el artículo 516. Pero si es árbitro para apreciar las circunstancias, no lo es ya de fundarse en ellas, una vez apreciadas, para tomar una resolución y no otra cualquiera. Si apareciera de esas circunstancias que pueden reponerse totalmente las modificaciones patrimoniales sufridas por el propietario o que lo han sido ya, el fallo que fuese más allá de la protección contra los abusos futuros y ocasionara un lucro al propietario estaría en contradicción con esos motivos.

Por lo demás, no hay duda de que para decretar la extinción del usufructo, deben haberse realizado los abusos, no constituír una simple amenaza (2). También se ha resuelto que, solicitada la extinción, no puede pedirse incidentalmente el secuestro a fin de impedir

(1) Cas. Nápoles, 6 noviembre 1870 *(Giur. it.*, 1871, 849).

(2) Apel. Génova, 26 febrero 1881 *(Foro*, 1881, 637).

daños, pendiente la litis (1). Asimismo están de acuerdo todos en rechazar la privación cuando no se trate de abusos graves (2); pero la gravedad de los abusos no es por sí misma un motivo para declarar la extinción con preferencia a las demás medidas tutelares; también es de notar que el artículo 516 no reproduce la fórmula del Código francés, que permite el arbitrio judicial *«suivant la gravité des circonstances»*, sino que dice simplemente *«según las circunstancias» (secondo le circostanze)*.

Con la interpretación que proponemos no se niega el carácter penal de la privación del usufructo; es una pena, no un resarcimiento, por cuanto que no se declara la equivalencia de la compensación que respecto al daño sufrido proporciona al propietario; en cuanto que se prescinde, al pronunciarla, de la prueba de la cuantía de los daños que se requiere como condición para la efectividad del resarcimiento. De este carácter penal se siguen dos consecuencias

(1) El secuestro judicial es una medida que debe tomarse en los autos principales. Exige discusión que hace por igual inciertos los derechos de las partes sobre la cosa discutida, y esta paridad de condiciones no se da en el usufructuario, que tiene un derecho cierto, y el propietario, que pide la represión de abusos, hasta que no se pruebe la existencia de éstos. Así Apel. Bolonia, 6 octubre 1881 *(Annali*, 1881, 373).

(2) Así hablaba ya CASTILLO, lug. cit.: *est tamen animadvertendum, quod usufructuarius, ut propter rei deteriorationem vel arborum incisionem cadat ab usufructu, non sufficit quaelibet deterioratio, sed necessaria est notabilis deterioratio, et non modica; item perpetua, et non circa culturam, et fructus, sed circa rem, et dolosa, et culpabilis et fraudulenta; et ubi haec non concurrunt, usufructuarius non cadit ab usufructu, nec expellitur, sicut dicimus in emphyteuta*. Un ejemplo tomado de nuestra jurisprudencia: «son circunstancias adecuadas para decretar la extinción del usufructo: descuidar el cultivo del fundo; dejarlo invadir por las hierbas; cortar árboles adultos, fructíferos, y los jóvenes, o hacerlo fuera de tiempo; tener el fundo sin la conveniente dotación de animales y las viñas sin guiones para sostenerlas; haber destruído el pavimento de un establo, derribado puertas, destrozado el horno, arrancado los marcos de las ventanas, con sus quicios, para venderlo todo ello, juntamente con las tejas, a vil precio». Trib. Alba, 29 mayo 1867 *(Giur tor.*, 1867, 343). Cfr. también Cas. Turín, 29 diciembre 1885 (*Foro*, 1886, 15); Apel. Brescia, 19 diciembre 1887 *(Mon. Mil.*, 1888, 535); Cas. Nápoles, 19 junio 1888 *(Giur. it.*, 1888, 654); Apel. Nápoles, 10 mayo 1905 *(Mon. trib.*, 1906, 53) (a).

(a) [El T. S. español ha declarado que no merece la calificación de abusiva la falta de reparaciones a que se atribuya el estado de vejez en que por el uso y aprovechamiento natural se encuentren las fincas usufructuadas (sentencia 28 noviembre 1908).]

importantes, acerca de la primera de las cuales no hay discrepancia en la mayoría de los escritores. No puede declararse la privación sino a causa de abusos cometidos personalmente por el usufructuario o por las personas que le sustituyen voluntariamente en el goce; las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que corren a cargo del administrado, recaen sobre su patrimonio, aun cuando tengan culpa de ellas sus administradores legales; pero no procede sanción para él por un acto ajeno. No ha lugar a distinguir entre culpa por acción o por omisión (1): la culpa del tutor que olvida los deberes de conservación, está sancionada con la responsabilidad del pupilo, salvo, naturalmente, el derecho a repetir contra aquél, pero la sanción ulterior de privar del usufructo no puede indudablemente aplicarse al pupilo (2).

Pero creo que hay que reconocer una segunda consecuencia: que la sanción del abuso no debe pesar sobre los acreedores del usufructuario que oportunamente intervengan para proteger su derecho, conforme a la autorización que les concede el apartado 2.º del artículo 516, si ofrecen resarcir los daños y prestan fianza para lo porvenir. Dicen varios escritores (3) que este ofrecimiento no obliga al Juez, quien puede rehusarlo libremente y decretar la extinción del usufructo. Alegan razones de exégesis que no pueden invocar quienes sostengan nuestra tesis respecto al Código italiano, por cuanto que el apartado del artículo que autoriza a los acreedores, precede y no sigue, como en el artículo 516, a la regla que permite al Juez que elija entre la privación del usufructo y otras medidas. Se apoyan también en la discusión habida en el Consejo de Estado (4), donde se afirmó que los acreedores no hacen más que ejercer derechos de su deudor, para deducir el corolario de que cuando el juicio haya terminado, carecen de recurso, hayan o no intervenido en el asunto. Esta es una opinión que no obliga en manera alguna al intérprete

(1) Como lo hace PROUDHON, 2.450-2.459, que formula la extraña distinción asegurando que la culpa por omisión no es acto de nadie, porque no es más que una cosa negativa, la falta de acción.

(2) Tampoco es completamente jurídica, como dice LAURENT, VII, 81, la distinción entre dolo y culpa del administrador, en razón a la cual sólo de ésta debe responder el administrado. Sobre éste no pueden recaer las mayores consecuencias que acarrea el dolo del administrador, comparadas con las que podría originar su culpa.

(3) SALVIAT, II, 58; DEMOLOMBE, X, 725; LAURENT, VII, 85; AUBRY y RAU, § 234, n. 37.

(4) V. FENET, XI, 210 y ss.

del Código francés, y menos aún al del italiano, y creo, por el contrario, que los acreedores del usufructuario ejercitan un derecho propio; no obran en representación de su deudor, porque la facultad precisamente de hacer el indicado ofrecimiento, es objeto de una disposición especial (1), mientras que si obrasen en representación tan sólo del deudor no habría más que aplicar el principio general del artículo 1.234 (a). Y es perfectamente razonable que los acreedores pretendan protección contra las consecuencias de la pena infligida al usufructuario culpable, como también al enfiteuta (art. 1.565) (b), y que el propietario no obtenga aquel ulterior beneficio que le procura la privación, además del resarcimiento, cuando se encuentre ante los acreedores del usufructuario (2).

PROUDHON distingue entre acreedores anteriores y posteriores en fecha a los abusos, y cree que si los primeros tienen derecho a exigir que se acepte su ofrecimiento de resarcir y de afianzar, los segundos no, porque aquéllos, con el crédito, adquirieron una garantía general sobre los bienes del deudor antes que surgiera el derecho del propietario a privar del usufructo, y porque se dirigen a evitar una pérdida, mientras que el propietario lo que se procura es un lucro (3). La prioridad de origen del crédito no constituye indudablemente un derecho de prelación si no está acompañada de una garantía real, ni la implica la causa del crédito—que serviría también entonces para los acreedores posteriores—, toda vez que la ley no concede esa preferencia. La distinción, por lo tanto, carece en absoluto de fundamento.

Aun cuando los acreedores aleguen un derecho de que carece el deudor, no debe reconocérseles la facultad de ejercitarlo en condiciones distintas de las que la ley establece, fuera de que intervengan en el juicio que se promueva para la caducidad del usufructo. Por ello únicamente convengo con PROUDHON (4) en que no pueden oponerse en concepto de terceros a la sentencia definitiva dictada

(1) La facultad de intervenir es libre para todo interesado según el Cód. de Proc.; si aquí la confiere expresamente el Código civil, no puede tener una eficacia meramente procesal.

(a) [1.111 del Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 1.650, párr. 2.°, del Cód. esp.]

(2) En este sentido, v. DURANTON, IV, 697; cfr. también MARCADÉ, ad art. 618, n. 2.

(3) Nn. 2.431 y ss.

(4) Nn. 2.471-2.475.

sobre privación del usufructo, salvo el caso de connivencia entre usufructuario y propietario, porque entonces, con la oposición, podrá ejercitarse la acción pauliana, y consiguientemente tampoco pueden personarse en la apelación que interponga el usufructuario (C. P. c., art. 491) (1).

Y como alegan un derecho propio, su ejercicio no está subordinado (2) a las mismas condiciones exigidas para el del derecho del deudor por parte de los acreedores, esto es, que tengan un título ejecutivo o que el peligro a que está expuesto el crédito legitime una medida precautoria (3); no tienen más que alegar y probar la relación de crédito. Por consiguiente, deben ser de su cuenta los gastos que origine la intervención, como en el caso de personarse en el juicio divisorio (art. 680); es decir, que no pueden repetir su importe contra el propietario—claro está que en el caso de que esté justificada la solicitud de privación por abusos—ni del usufructuario tampoco, salvo el caso de que la intervención se deduzca en un juicio ejecutivo o en uno de conservación (4).

Al aceptarse su oferta de resarcir y de afianzar, adquieren los acreedores el derecho de apropiarse las rentas del usufructo hasta cubrir sus créditos y aquellos otros que han adquirido a consecuencia de haber indemnizado por los abusos cometidos; el sobrante queda a favor del propietario a causa de la extinción del usufructo, que no se deja sin efecto sino respecto a aquéllos nada más, y viene a ser como una pena o sanción por los abusos.

El derecho a intervenir es común y corresponde, dentro de los límites y a los efectos ya expuestos, tanto a los acreedores quirografícos como a los hipotecarios. Parte de la doctrina (5) afirma que los acreedores hipotecarios que tengan inscrito su derecho sobre el usufructo antes de que se entable la demanda de privación de éste por el uso abusivo (6), no pueden sufrir menoscabo de sus derechos

(1) No pueden ejercitar en nombre del usufructuario el derecho de apelación—como dice PROUDHON, 2.495 y ss.—para alegar así por primera vez después y en esa segunda instancia su derecho.

(2) En contra, PROUDHON, 2.465-2.467.

(3) Cfr. los trabajos citados de C. ZUCCONI acerca de la *azione surrogatoria* en *Riv. di dir. civ.*, 1911.

(4) En contra, PROUDHON, 2.468 y ss.

(5) LAURENT, VII, 86; v. también PROUDHON, cit. en la nota siguiente; en contra, DEMOLOMBE, X, 750.

(6) PROUDHON, 2.484-2.486, contradiciendo la premisa sustentada por él mismo de que el abuso no causa *de jure* la privación del usufructo, sino que

preferentes a causa de la sentencia que recaiga en dicho juicio. Sin vacilar deben aplicarse a esto los mismos principios sentados acerca de la eficacia relativa de la consolidación, y reconocer que aunque no hayan intervenido oportunamente, los acreedores hipotecarios conservan como garantía el valor del usufructo, deduciendo del precio de la enajenación aquellas cantidades que preferentemente corresponden al propietario por sus créditos inherentes al derecho mismo y relativos a la reparación de las probadas consecuencias patrimoniales que trajeran consigo los abusos cometidos.

Entre los abusos que pueden justificar la privación, nuestro Código, en su art. 516, y a diferencia del francés (1), indica expresamente la enajenación de los bienes sujetos al mismo. Ciertamente que constituye también un abuso la enajenación de bienes muebles de fácil deterioro con el propósito de convertir el usufructo en un cuasiusufructo del precio que así se obtenga; sin embargo, carece el propietario de motivos bastantes para privar del goce al usufructuario cuando esté seguro de que habrá de entregársele ese precio al terminar el usufructo, a menos de que pruebe un interés especial en conservar dichos bienes (2). Más grave abuso es la enajenación de la cosa usufructuada realizada como si fuese propia y con el propósito de privar del precio al propietario. Si la enajenación se hace sin reserva de usufructo, encierra una renuncia al mismo (3) y el propietario, si triunfa en el juicio de reivindicación, no está obligado a reconocerle de nuevo el usufructo, ni para privarle de él necesita deducir acción alguna, subsistiendo, sin embargo, la responsabilidad del usufructuario por cuantos gastos haya hecho el propietario para reivindicar. Cuando esta reivindicación no es posible, deben calcularse como daños que ha de resarcir el usufructuario, los que experimente el dueño por no haber recuperado la cosa inmediatamente después de enajenada, pues aquélla le pertenece desde aquel momento como libre de usufructo, aun independientemente del fallo judicial declarativo de la extinción, y a causa de la renun-

---

sólo faculta para pedirla, exige luego que la inscripción sea de fecha anterior al acto abusivo.

(1) Pero lo reconocía ya la doctrina francesa: PROUDHON, 2.422; DEMOLOMBE, X, 719; LAURENT, VII, 82; AUBRY y RAU, § 234, not. 30.

(2) V., más atrás, p. 250; cfr. Apel. Trani, 12 agosto 1900 (*Riv. giur. Trani*, 1901, 66).

(3) Si hay el propósito de privar al propietario del precio, no puede existir el de conservar su usufructo.

cia que va implícita en el acto de enajenar. Si la enajenación se hace con reserva de usufructo, llegue o no luego el propietario a recuperar la cosa, necesita deducir la acción de extinción para recobrarla libre ya del usufructo, y hay que ver en este caso una de las aplicaciones menos injustificadas del principio que estamos examinando. Puede motivar la extinción también, la enajenación forzosa subsiguiente a la falta de pago de las cargas que deba satisfacer el usufructuario, sobre todo las procedentes del no pago de los impuestos: en ello no hay un acto voluntario del titular del que pueda inducirse ni una renuncia, ni una reserva; y el precio que viene a sustituír a la cosa, enajenada en daño del usufructuario lo mismo que del propietario, deja subsistente el derecho de usufructo sobre dicho precio. Pero aquí también puede estar justificado que la sanción ulterior de la privación (1) se agregue al resarcimiento del daño nacido a consecuencia de semejante subrogación y susceptible de ser tasado.

379. Suelen añadirse genéricamente a las causas estudiadas de extinción del usufructo, la resolución del título constitutivo y la del derecho del constituyente. Hemos dicho ya que el usufructo no se extingue con el cumplimiento de la condición resolutoria, sino que lo que ocurre es que desaparece la eficacia de su constitución. Si en cambio el constituyente adquirió la propiedad bajo condición resolutoria, el cumplimiento de la condición, de igual suerte que no produce obligación en el adquirente de restituír los frutos percibidos mientras pendía aquélla, tampoco priva de eficacia a la constitución del usufructo hecha durante ese tiempo, pero queda limitada a este período y amenaza con su extinción (2). Por eso no se habla con la debida precisión al decir (3) que la extinción no se da aquí de pleno derecho y sí, en cambio, cuando se resuelve el título constitutivo. La

(1) V., en tal sentido, Cas. Nápoles, 10 noviembre 1898 *(Giur. it.*, 1899, 479); fallo que anula una sentencia del Trib. de Apel. de Trani, de 11 de diciembre de 1897 *(Riv. giur. Trani*, 1898, 128), en que se negaba la extinción en el caso de venta forzosa. Por lo demás, en el caso de que a la venta por débitos de contribuciones impagadas, siga el rescate por parte del usufructuario, no procede la caducidad: Cas. Palermo, 6 febrero 1893 *(Foro Siculo*, 1893, 38).

(2) Así ULP., 16, *quib. mod.*, VII, 4: *Si sub condicione mihi legatus sit usus fructus medioque tempore sit penes heredem, potest heres usum fructum alii legare; quæ res facit, ut, si condicio extiterit mei legati, usus fructus ab herede relictus finiatur.*

(3) LAURENT, VII, 88; pero cita como ejemplo la revocación de donacio-

resolución del título constitutivo no produce la extinción; la resolución del derecho del constituyente determina una extinción que no nace de acción judicial. Tanto cuando el título constitutivo se resuelve como cuando se resuelve el título del constituyente, la acción judicial sólo está encaminada a que se reconozca o declare la resolución en el primer caso y la extinción en el segundo; lo que se propone es siempre la acción negatoria, dirigida contra el poseedor del usufructo, con independencia, en el segundo caso, de la que pueda proponerse contra el constituyente para declarar resuelta la adquisición de la propiedad.

No menos impropiamente se habla de extinción del usufructo cuando el acto constitutivo o el que asignó la propiedad al constituyente es nulo o anulable. Si persisten algunos de los efectos después de declararse la nulidad o la anulación, no es que sean consecuencia de la constitución del usufructo, sino de la posesión obtenida mediante él, y a base de esta posesión es apreciada la responsabilidad para con el propietario, y con motivo de la buena fe del poseedor queda exceptuado de restituír los frutos percibidos. También es exclusivamente la acción negatoria la que se propone contra el poseedor cuando se trata de nulidad radical, y cuando sea anulable el acto constitutivo por haberle dado vida un incapaz o estar viciado el consentimiento, la acción de nulidad es la que causa o determina la privación del usufructo: Cuando el anulable sea el acto que atribuyó la propiedad al constituyente, debe comenzarse por entablar contra éste la acción de nulidad, a la que seguirá luego la acción negatoria, que es a la que hay que recurrir necesariamente de nuevo para declarar no subsistente la eficacia jurídica de la constitución, por carecer de derecho el constituyente. Esa dirección doble de la acción judicial, explica, aunque no justifica, la afirmación de que no procede la extinción de pleno derecho. No es la extinción del usufructo, sino la declaración de que éste fué constituído ineficazmente, la consecuencia que nace del ataque judicial dirigido contra el título del constituyente; pero es una consecuencia mediata, que se debe alegar, no atacando el acto constitutivo del usufructo, sino con una acción real contra el poseedor de dicho usufructo; precisamente porque el acto constitutivo no resulta ineficaz por el triunfo de la acción negatoria, es por lo que puede subseguir la obligación de afianzar si se hizo la constitución a título oneroso.

---

nes por sobrevenir hijos; cosa que es preciso mantener separada de la resolución. V., más adelante, p. 791.

Con el nombre genérico de «resolución» se comprenden otras modificaciones de los vínculos creados; modificaciones que necesitan ser examinadas por separado para ver si producen la negación o extinción del usufructo. Cuando los legitimarios piden la reducción de un legado de usufructo para que no se merme su legítima, tratan de reivindicar la libertad de la propiedad de una parte de los bienes que estarían sujetos a usufructo si el legado fuese eficaz; persiguen, pues, que se declaren dichos bienes propiedad libre de los legitimarios al abrirse la sucesión. Sea cualquiera el tiempo en que la acción se ejercite, va dirigida a que se reconozca previamente la ineficacia parcial originaria del legado; por consiguiente, no procede la extinción parcial del usufructo. Aquí también, respecto a la parte de bienes cuya propiedad plena queda asegurada a los legitimarios, las responsabilidades para con éstos se fundarán en la posesión del usufructo, y este poseedor, fundado en la buena fe, podrá conservar los frutos que haya percibido hasta la interposición de la demanda. Si, en cambio, ante un legado de usufructo cuyas rentas excedan de la parte libre, los legitimarios optan por abandonar ésta (1), no con ello se desconoce la eficacia constitutiva del legado, pero en la parte que exceda de la porción libre el usufructuario está obligado a sufrir la privación del usufructo, en tanto que para la otra parte (la renunciada por los herederos) se extingue, por consolidación, el usufructo, a causa de adquirir su titular la nuda propiedad de la parte libre abandonada (2); por tanto, aquí la eficacia de la constitución termina a consecuencia de la declaración de abandono y desde la fecha de éste. Lo mismo ocurre en el caso de una donación de usufructo cuyos productos excedan de la parte libre, si los legitimarios optan por el abandono; así como también si piden una reducción de la donación porque el valor mismo del usufructo supere al de la parte libre, el donatario no debe restituír los frutos más que desde el día de la interposición de la demanda; y si ésta no se deduce dentro del año de abrirse la sucesión (art. 1.094) (a), hasta que se deduzca la demanda (propuesta tardíamente), y con independencia de la posesión, le corresponden dichos frutos, produciéndose una verdadera extinción del usufructo. Esta misma extinción, y no la simple negativa de su eficaz constitución, viene también impuesta cuan-

---

(1) Sobre esto, v. el t. I, nn. 144 y ss.

(2) Ya me parece que es hora de reputarla adquirida *inter vivos* y de los legitimarios: por consiguiente, adquirida a título singular.

(a) [Comp. art. 654 del Cód. esp.]

do se entabla demanda de reducción que se deduzca contra quien haya obtenido del donatario el usufructo, después de resultar inútil o insuficiente la excusión previa del donatario (1).

Hay resolución de la venta que atribuyó la propiedad al constituyente del usufructo, cuando el vendedor hace uso del derecho de retracto que se hubiera reservado; hay resolución del acto constitutivo que contenga una venta con pacto de retro, cuando el constituyente ejercita el retracto. Una y otra causan la extinción, no la negación del usufructo, porque no suprimen los efectos del disfrute habido durante el intervalo que media entre la constitución y el ejercicio del retracto, y la venta misma es la que ha asegurado directa o indirectamente ese disfrute; el fundamento de la retención de los frutos no está en aquella posesión obtenida a consecuencia de la venta y de la constitución del usufructo. Lo mismo ocurre en el caso de rescisión por lesión; si el comprador constituyó el usufructo, tampoco debe los frutos sino desde el día de la interposición de la demanda (art. 1.535), y hasta dicho día produce sus efectos el usufructo, cuya extinción, según la opinión sostenida (2), puede impedir el usufructuario si ofrece pagar el suplemento del precio.

Otro tanto sucede en el caso de resolución por no haber satisfecho las cargas y en el de revocación de las donaciones por ingratitud o superveniencia de hijos, bien se resuelva o revoque el acto de adquisición de la propiedad del constituyente, bien la constitución misma del usufructo. Al derecho de resolución o de revocación va unido el deber del adquirente de restituír la cosa adquirida, pero restituirla desde el momento en que se ejercita este derecho (artículos 1.089, 1.165) (a); el usufructo adquirido mediante el acto resuelto o

---

(1) PROUDHON, 1.940, cree que en el caso de constitución de usufructo no es necesaria la previa excusión del donatario, porque requeriría la necesidad de reintegrar al legitimario en la nuda propiedad de los bienes donados, y de hacer una valoración incierta del usufructo para adjudicar su equivalente sobre bienes propios del donatario. Esto es fantástico. El legitimario pretende del donatario, mediante la reducción, un complemento de su legítima, y tiene derecho al pleno dominio de este complemento. ¿Qué resulta si el donatario dispone transmitiendo la propiedad o constituyendo un usufructo? Se extingue el derecho de que se le pague su legítima en bienes pertenecientes a la masa hereditaria, y habrá de contentarse con obtener un valor correspondiente; pero no está obligado, desde luego, a recibir bienes de la masa en nuda propiedad, y, aparte, el valor correspondiente al usufructo.

(2) V., más atrás, pág. 575.

(a) [Cfr. arts. 651 y 1.124 del Cód. esp.]

revocado, cesa desde este momento; el constituído por el adquirente, si no queda a salvo del ataque contra el título suyo por no haberse adquirido sobre bienes inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda (arts. 1.080, 1.088, 1.511 y 1.533) (a), no puede reputarse constituído ineficazmente, si bien cesa, sin embargo, en el momento de deducirse la acción.

Respecto a la revocación subsiguiente al ejercicio de la acción pauliana, priva de eficacia en absoluto a las adquisiciones inmediatas o mediatas del usufructo, cuando los titulares participen en el fraude, y les deja obligados a restituír todo lo percibido. Los adquirentes que no hayan participado en el fraude, si no quedan a salvo de la revocación, o porque hayan entregado el equivalente de lo adquirido, o porque adquirieron de manos del inmediato adquirente de un inmueble antes de anotarse la demanda revocatoria, no están obligados a restituír más que aquellos frutos que hayan aumentado su patrimonio desde que la demanda se dedujo, y para ellos desde este momento se extingue el usufructo.

La obligación en que se hallan los descendientes beneficiados de antemano, y en virtud de la cual han de colacionar las donaciones, según he dicho (1), comprende las donaciones de usufructo y también los bienes de que haya dispuesto el donante con una constitución de usufructo; pero es obligación estrictamente personal, y si se trata de usufructo constituído por el donatario, no se resuelve o extingue por la colación; tanto el donatario constituyente como el transmitente de la propiedad, colacionan mediante simple imputación (2).

380. Al cuasiusufructo le son comunes cuatro de las indicadas causas de extinción: la muerte del cuasiusufructuario; el transcurso de los treinta años desde la constitución si fué otorgado aquél a una persona jurídica; el advenimiento del plazo cierto o incierto señalado en el acto constitutivo, y la consolidación. A la muerte, al cumplirse los treinta años, al llegar el plazo, vence la obligación de restituír cosas de naturaleza y cantidad igual a las recibidas, o su equivalente;

(a) [Cfr. arts. 647, 649, 1.124, párr. último, 1.537 y 1.540 del Cód. esp.]

(1) V. t. I, n. 169.

(2) Lo contrario es lo que dice PROUDHON, 194 y ss., que lo deduce, a su vez, de POTHIER, *Douaire*, 96; pero es inaceptable frente al art. 865 del Cód. francés, y más aún con respecto al 1.076 del Cód. italiano. PROUDHON cree defendido al usufructuario si se le reconoce un derecho a intervenir en la partición.

en el momento en que adquiera el cuasiusufructuario el derecho a que se le restituya o el propietario asuma tal obligación, o el crédito y la deuda se transmitan a un tercero, acaba el cuasiusufructo por confusión. Porque la cosa recibida se destruya, no se modifica el vínculo creado, puesto que quedó a riesgo del cuasiusufructuario; como tampoco por el no uso de lo que vino a ser propiedad suya; únicamente desde el vencimiento de la obligación de restituír comienza la prescripción. Un vencimiento anticipado de la obligación de restituír es la forma que toma para el cuasiusufructo la cesación del disfrute antes del término: puede ocurrir a causa del acto de abandono de la parte libre que realiza el legitimario para no satisfacer la carga de un usufructo que exceda de la renta; a causa de la acción de revocación que deduzcan los acreedores por haberse constituído el tal usufructo en fraude de sus derechos, si la constitución ocurrió a título gratuito y sin participar en el fraude; a causa de la revocación de las donaciones por incumplimiento de las cargas, por ingratitud o por sobrevenir hijos al donante (1).

Es rara la pretensión de aplicar al cuasiusufructo la privación por abusos (2). La tesis esta se apoya en una resolución (3) que no recayó en un caso de cuasiusufructo; se trataba de un usufructo sobre créditos asegurados con hipoteca, que habían sido reembolsados al usufructuario antes del vencimiento, y que éste no cuidó de asegurar igualmente al dar al importe nueva inversión. Indudablemente se había cometido un abuso que exigía, no la extinción, sino la adopción de medidas precautorias; pero lo cometió el titular de un usufructo, no el de un cuasiusufructo, y lo hizo en el momento en que por el cobro del crédito, que no debía ni podía haber hecho sin la asistencia del propietario o sin la fianza correspondiente, se transformaba el objeto del disfrute y se producía la conversión del usufructo en un cuasiusufructo. Si desde un principio tiene el usufructo por objeto dinero, el propietario carece de derecho para inmiscuirse en el uso que haga de él el usufructuario, ni para quejarse porque no lo invierta prudentemente. Aun prescindiendo de la fianza, de que puede estar exento el usufructuario, se halla a cubierto siempre a tenor del precepto general contenido en el art. 1.176 (a), que faculta a todo acreedor para dar por extin-

(1) V. el n.° anterior.

(2) LAURENT, VII, 80; AUBRY y RAU, § 234, n. 31 *bis*.

(3) Cas. franc., 21 enero 1845 *(Dalloz pér.*, 1845, 1, 104).

(a) [Art. 1.129 del Cód. esp.]

guido el beneficio del plazo y anticipar la solicitud de restitución cuando el deudor caiga en insolvencia.

381. Las transmisiones de bienes están sujetas a un impuesto proporcional de registro (1); tales son, precisamente, según el artículo 4.° de la ley, los cambios derivados de las «transmisiones de propiedad, de usufructo, de uso o de goce de bienes muebles o inmuebles o de otro cualquier derecho real», y de las obligaciones o liberaciones de cosas o de cantidad (a). No hay cambio patrimonial de la primera clase cuando ocurre la extinción del usufructo; el usu-

---

(1) Transmisión es el paso de los bienes de un patrimonio a otro: coincide con el aumento patrimonial cuando no exista otra transmisión inversa como equivalente; hay tal aumento, p. ej., en la donación simple. Cuando hay dos cambios contrarios que constituyen la causa uno de otro (v. gr., una permuta), se valoran como uno solo. Lo mismo sucede con la donación cuando esta está gravada con el pago de deudas. En las transmisiones *mortis causa* hay una transmisión única y no compensada, a saber, la transmisión del patrimonio del testador al del heredero; del patrimonio del heredero no puede pasar al del testador, que ya no existe, el importe del pasivo de la herencia; y la asunción de éste no implica un cambio o contraprestación correspondiente, no constituye causa de la transmisión del activo. Si no reingresa en el patrimonio del transmitente el importe del pasivo de la herencia, no puede considerarse que ha pasado al patrimonio del heredero el valor íntegro del activo, puesto que lo adquiere con la carga del pasivo, y los acreedores, pidiendo la separación, pueden sustraer tal valor a la concurrencia de acreedores suyos. Por eso se explica que el caudal gravado por causa de muerte se reduzca al activo neto, y que no se dé esta reducción en las donaciones con carga aneja o para pago de deudas, ni en las donaciones universales.

(a) [En Derecho español están sujetas al impuesto de derechos reales, no sólo las transmisiones de dominio a título oneroso de bienes inmuebles o muebles (art. 2.°, nn. 1.° y 7.°, de la Ley vigente) y las transmisiones de bienes, acciones y derechos de todas clases, a título de donación, herencia o legado (número 18), sino además, con fórmula amplísima, «la constitución, reconocimiento, modificación, subrogación, transmisión y *extinción*, por cualquier título, de derechos reales sobre bienes inmuebles u otros derechos reales..., cualquiera que sea la denominación con que se conozcan» (n. 2.°). Las reglas de liquidación relativas a la consolidación del usufructo con la nuda propiedad están contenidas en el art. 5.°, regla 6.ª, de la ley, y en el art. 66 de su Reglamento. El principio fundamental de la ley es el de que «al extinguirse el usufructo, el impuesto se exigirá al nudo propietario, según el valor que los bienes tuviesen en el momento de la extinción, y con aplicación de los tipos de tarifa en tal momento vigentes».]

fructo que se extingue no se transmite; el propietario viene, después del usufructuario, a obtener el disfrute, pero con el goce no ingresa en su patrimonio un elemento que salga del del usufructuario; porque el factor que en su patrimonio representaba el usufructo, estaba destinado a concluír en un espacio de tiempo, y en el patrimonio del propietario antes de la extinción está la potencialidad de la renta para después de este lapso (1). Ni por la misma causa hay aquí un cambio patrimonial que se corresponda, en sentido económico, con el que se verifica en la liberación. La extinción del usufructo deja el patrimonio del propietario en las condiciones en que quedó al constituirlo: en la de patrimonio sujeto a la privación temporal de una renta, a la manera como el cese de la renta vitalicia deja el patrimonio del deudor sometido a la prestación temporal de una renta a otro, en la misma condición en que quedó con la constitución de la renta, y con vista de la cual se evalúa el impuesto; en cambio, la liberación, a virtud de modificar la relación de un patrimonio con otro, priva a uno de ellos de lo que sin esa alteración constituiría carga del primero y factor positivo del segundo (2).

A estos principios obedece el que se exima de todo impuesto la extinción del usufructo creado mediante un acto *inter vivos*. Pero, bien entendido, se trata de una extinción en sí y por sí; porque es muy posible que tal extinción resulte de un acto voluntario: la cesión del usufructo al nudo propietario, la cesión de la nuda propiedad al usufructuario; y no cabe duda de que este acto está sujeto a

---

(1) Por eso cuando la ley habla de transmisión del usufructo en los beneficios y capellanías, para aplicarles «por analogía» el impuesto de transmisión *mortis causa*, no hay transmisión de un usufructo que se extinga; lo que se transfiere es un usufructo existente por sí, y que surge sobre el patrimonio de la fundación para cada nuevo beneficiario.

(2) Esta razón de principio motiva la inutilidad de advertir que mientras que están sujetos al impuesto todos los cambios patrimoniales producidos mediante transmisiones, no lo están igualmente todos los cambios derivados de obligaciones o liberaciones, sino únicamente aquellos derivados de obligaciones y liberaciones a que expresamente alude la ley (WAHL, *Droit fiscal*, I, 88). Ninguno cree, por lo demás, que puedan referirse las palabras del art. 4.° a la liberación de las cosas de la carga de un derecho real. La fórmula con que infelizmente se ha traducido la frase de *obligations et libérations... de sommes et valeurs* de la ley de frimario, designa en primer lugar las obligaciones que tienen por objeto prestaciones de cosas o de cantidades, y en segundo, la liberación de estas obligaciones.

impuesto, como lo está la cesión del usufructo o de la nuda propiedad a un extraño, pero el impuesto grava, precisamente, la transmisión patrimonial determinada por la cesión, y es el mismo, resulte o no extinción del usufructo (1).

Por lo demás, el impuesto grava la reincorporación del usufructo a la nuda propiedad cuando, al constituír el usufructo, la nuda propiedad ha salido del patrimonio del constituyente; por lo tanto, siempre que el usufructo se constituye *mortis causa*, y que con motivo de la muerte y por necesidad ha habido también transmisión de la nuda propiedad. Al transmitir ésta, entra en el patrimonio del adquirente el derecho a una renta futura y la mutación que determina, *en el momento en que se realiza, se equipara exactamente al valor actual de aquella futura renta*. Pero como la separación del usufructo, en el momento en que se transmite la propiedad, tiene por objeto asegurar la sucesión del propietario al usufructuario en el disfrute, ha parecido justo, para aplicar el tipo correspondiente de impuesto, estimar este desplazamiento patrimonial *como realizado después de cesar el usufructo*, y, por consiguiente, gravar con el impuesto el valor íntegro de los bienes, y no aquella parte de ellos que queda en el patrimonio una vez deducido el valor del usufructo (2).

Según la ley francesa de 22 de frimario del año VII, y según nuestra ley de 21 de abril de 1862, el impuesto se devengaba en el instante mismo de la adquisición de la nuda propiedad; según la ley de 16 de julio de 1866, refundida en el texto único vigente, la adquisición de la nuda propiedad a título gratuito quedaba gravada, desde este mismo momento, con un impuesto sobre la diferencia entre

---

(1) La modificación patrimonial determinada por la cesión del usufructo al nudo propietario, se limita al valor que conserva el usufructo en el instante de la cesión. Así, por ejemplo, si el usufructo constituído a favor de una persona de menos de cincuenta años, lo cede ésta gratuitamente al propietario después de cumplir esta edad, el impuesto sobre la cesión se aplica en razón de la cuarta parte del valor de la cosa usufructuada; en cambio, la constitución se gravó computando la mitad. Pero como hemos visto, el valor del usufructo, a los efectos fiscales, se aprecia dentro de ciertos límites invariables: el usufructo constituído a favor de un cincuentón no disminuye de valor, sea cualquiera el tiempo que se haya ejercido.

(2) V. el t. I, n. 152. WAHL, *Droit fiscal*, II, 152, explica el precepto históricamente tan sólo, advirtiendo que el origen del impuesto de Derechos reales está en las prestaciones feudales, que, como hechas en reconocimiento de la propiedad del señor, se medían en relación con el valor total y entero del feudo.

el valor del dominio pleno y el valor del usufructo; en la adquisición de la nuda propiedad a título oneroso, desde el momento de realizarla, quedaba gravado el precio correspondiente; al efectuarse la consolidación, se liquidaba por la diferencia entre la contraprestación y el valor del dominio pleno (1). Si estuviese gravado el desplazamiento patrimonial que determina la adjudicación de la nuda propiedad por el valor único que tiene en el momento de la adquisición, o gravando con arreglo al valor del usufructo el desplazamiento ocasionado por la simultánea adjudicación de este derecho, la Hacienda percibiría en conjunto nada más que el impuesto a que está sujeta la asignación a uno solo del pleno dominio (2), aunque

---

(1) Art. 17.—¿Cuál es el valor del dominio pleno? El convenido implícitamente en el instante de la transmisión. Del precio pactado explícitamente para la nuda propiedad, se llega al valor del pleno dominio agregándole una mitad o un cuarto, según la edad de la persona que se ha reservado el usufructo, o la de aquella a cuyo favor se ha constituído gratuitamente tal derecho en el mismo acto, o el precio del usufructo enajenado simultáneamente a título oneroso. La ley distingue el valor de la consolidación o reunión subsiguiente a la enajenación de la nuda propiedad a título oneroso, de aquella reunión que subsigue a la enajenación a título gratuito, porque cuando se realiza la primera no se detrae el valor del usufructo. De esta distinción se ha deducido arbitrariamente que la ley exige como base del impuesto la tasación pericial del dominio pleno y la tasación pericial en el momento de cesar el usufructo (PRINCIVALLE, *La tassa di registro*, Massimario, n. 622), lo cual engendra el resultado singular de que pactada una adquisición a un determinado precio, se pague el impuesto por un precio no convenido, y se liquide con arreglo a un valor distinto de aquel que tenía la cosa en la fecha del contrato. Claro que conviene recurrir a la tasación pericial cuando el precio declarado, aumentado en la mitad o el cuarto o con el precio del usufructo, se repute inferior en una octava parte al verdadero valor venal. Adviértase, por otra parte, que el precio declarado representa el precio del pleno dominio y no el de la nuda propiedad, y, por consiguiente, no cabe aplicar un impuesto complementario por la consolidación, cuando se deje su pago al enajenante que se ha reservado el usufructo, sino en el día en que cesa éste, o cuando se haya pactado la obligación de satisfacer intereses del precio abonado mientras dura el usufructo: v. *Risoluzione ministeriale*, 8 mayo 1864, en PRINCIVALLE, cit.

(2) En cambio, si se admitiera la sustitución fideicomisaria, sucedáneo de la cual viene a ser el legado de usufructo, se percibiría el impuesto por las dos transmisiones sobre el valor entero de los bienes. Con el sistema de la ley de frimario, satisfaciendo el impuesto por el valor íntegro de los bienes en el momento en que se adquiere la nuda propiedad, se pagaría de más con relación a lo que procedería considerando efectuada la adquisición al final del usufructo;

hubiera dos distintas asignaciones con que quedaran investidas de un derecho real dos personas llamadas una después de otra a gozar de la misma cosa. Se abriría también la puerta a un fraude contra el derecho de la Hacienda a cobrar un impuesto distinto según la relación entre transmitente y adquirente, y sobre el valor íntegro de los bienes asignados en pleno dominio, pues podría agregarse a la transmisión de la propiedad una asignación ficticia de usufructo, a beneficio de quien por el vínculo que le uniera al disponente estuviese obligado a satisfacer una cuota menor de la que debe pagar el adquirente de la propiedad, preordenando que el adquirente ficticio del usufructo lo revendiera al propietario. Ni económica, ni jurídicamente, pueden equipararse los efectos de la adjudicación por separado del usufructo y la nuda propiedad con los de una adjudicación de renta vitalicia a cargo del adquirente del pleno dominio, que no es atribución de disfrute. Por ello hay que dar un trato fiscal distinto a la adjudicación de la renta que por un lado está sujeta a impuesto y por otro se deduce como pasivo al hacerse la separación del usufructo (1). Aun la ley francesa de 25 de febrero de 1901, que admitió el principio, acogido ya en la nuestra, de deducir el pasivo en las transmisiones por causa de muerte, ha creído que debía reducir por razón de congruencia el impuesto sobre la nuda propiedad al valor que tiene el desplazamiento o transmisión patrimonial en el acto de adquirir, al valor de los bienes deducido el del usufructo, y lo ha exceptuado del pago del impuesto complementario cuando ocurra la consolidación.

Análogamente, en el caso de que a la adjudicación de la nuda propiedad vaya unida la reserva del usufructo a favor del enajenante, si se gravara el desplazamiento patrimonial único que ocurre, con arreglo al valor que tiene en aquel momento la nuda propiedad, la Hacienda cobraría un impuesto reducido a la mitad, o en

---

y se paga también de más en el sistema legal nuestro, que aplaza hasta la extinción una parte sola del impuesto.

(1) Lego el usufructo de 100 a quien no tenga cincuenta años; él paga por la adquisición de 50, y el heredero o el legatario de la nuda propiedad paga por la adquisición de 50 al abrirse la sucesión y por la adquisición de otros 50 a la muerte del usufructuario. En cambio, si al heredero o al legatario de 100 se le grava con una renta vitalicia de 5 que absorba la renta íntegra, el acreedor de la renta que no ha cumplido cincuenta años paga por la adquisición de 50 y el heredero o el legatario de 100 por la adquisición de 100 menos 50, y nada más a la muerte del acreedor.

todo caso un impuesto menor del que le corresponde por razón de los efectos que produce la enajenación, prescindiendo del tiempo en que ocurra; y sería facilísimo defraudar a la Hacienda, con pagar el impuesto íntegro por la enajenación del pleno dominio y agregar a la transmisión de propiedad una reserva de usufructo ficticia, dejando luego que sin necesidad de un acto sujeto a registro, se consolidara formalmente la propiedad a la muerte de quien se hubiera reservado el usufructo. En esto, la ley francesa de 1901 ha dispuesto gravar el valor que tenga la nuda propiedad al transmitirse, y eximir del impuesto complementario el acto de la reincorporación de usufructo y nuda propiedad.

Se extingue la obligación de pagar impuesto complementario por la consolidación, cuando sea ésta imposible por la destrucción de la cosa. Así lo afirman unánimemente los escritores de Derecho fiscal, y en esto se diferencia nuestro sistema del de la ley de frimario (1).

Conforme a este principio, se ha resuelto que cuando triunfe la evicción sobre la cosa adquirida por sucesión o donación en nuda propiedad, el adquirente que tiene reconocido el derecho a que se le devuelva el importe del impuesto (texto único de 1897, art. 11, n. 3) si queda decaído de él por deducir la demanda después de seis meses de la fecha de la sentencia, no tiene que satisfacer el impuesto de consolidación (2). Lo mismo ocurre en el caso en que se declare con respecto a la adquisición de la nuda propiedad aquella nulidad que lleva anejo el derecho a la devolución del impuesto (art. 11, n. 2). Se ha sostenido que resuelta una donación con reserva de usufructo y pacto de reversión por premoriencia del donatario al donante, tampoco hay que pagar el impuesto sobre la consolidación (3). La donación se resuelve con la reversión; según la ley del impuesto (art. 10), la resolución no motiva que se restituya el impuesto pagado ni da derecho a restituír si el pago del impuesto íntegro se debiera desde el momento de la donación; pero impide que se exija el cobro de la parte de impuesto en suspenso (4). Un impedimento

(1) VIGNALI, *Tasse di registro*, II, p. 296.

(2) Trib. Reggio Calabria, 26 enero 1896 *(Gazz. proc.*, XXVII, 466).

(3) Trib. Cas. Roma, 25 abril 1900 *(Foro*, 1900, 518), anulando el fallo del Trib. de Apel. de Nápoles, 27 marzo 1899 *(Massime*, 1900, 21), que declaró debía pagarse.

(4) Si el impuesto íntegro hubiese sido anticipado voluntariamente, no sería de aplicar el art. 10 y habría derecho a restitución.

igual para cobrar el impuesto en suspenso se da cuando antes de extinguirse el usufructo se anula la transmisión de la nuda propiedad por una de las causas que, no produciéndose independientemente de la voluntad de las partes, no dan lugar a la restitución de los impuestos cobrados (1).

Más profundas diferencias entre los efectos de nuestra ley y la de frimario pretende crear una parte de la doctrina (2), diciendo que el impuesto por la consolidación no es exigible cuando por otras causas que no sea la muerte del usufructuario o la conclusión del término asignado al usufructo, venga a extinguirse éste. Así ocurre especialmente en el caso de que el usufructuario sea quien adquiera la nuda propiedad o en el de que usufructuario y nudo propietario, simultánea o sucesivamente, al enajenar sus derechos a un tercero, hagan que éste adquiera el pleno dominio. Estos actos quedan de por sí sujetos a impuesto, aun cuando varíe la cuota, según sea a título oneroso o gratuito, y, en estos últimos, según las relaciones que existen entre enajenante y adquirente. La ley, ¿no impide que por un acto mismo se cobren dos tipos de impuesto (art. 7)? Y ¿no habría duplicación de impuesto si a más de la cesión se gravara la consolidación que necesariamente subsigue? Verdad es que el artículo 17 habla, sin distinguir, de impuesto exigible al cesar el usufructo; pero precisamente se trata de un impuesto independiente, puesto que se le considera exigible al cesar el usufructo, y no de-

---

(1) Así Apel. Turín, 30 noviembre 1901 (*Massime*, 1901, n. 8.897).

(2) AVEZZA, *La legge di registro commentata*, I, 451 y ss.; VIGNALI, *Tasse di registro*, II, ps. 181 y ss.; TENDI, *Tasse di registro*, n. 138. TENDI en su *Contr. alla dottr. dell'esigibilità della tassa di registro sulle riunioni dell'usufrutto alla proprietà (Giur. it.*, LV), reconoce expresamente que el impuesto por consolidación es exigible, no sólo si el usufructo se extingue por muerte del usufructuario o expirar el plazo, sino también si se pierde por no uso o se declara privado de él en virtud de abusos cometidos. También reconoce que es exigible en caso de renuncia o de cesión al propietario, o cuando propietario y usufructuario transmitan a un tercero el pleno dominio. En cambio opina que debe quedar exceptuado el caso en que el usufructuario sea el que adquiera la nuda propiedad, porque en ello no hay reunión de usufructo a nuda propiedad, sino de ésta al usufructo, y porque cuando ocurre la transmisión de la nuda propiedad después de separado el usufructo, no es exigible más que una cuota de impuesto por la diferencia entre el valor del dominio pleno y el del usufructo. Esta clara e indiscutible premisa, que se deduce ya del art. 17 de la ley, y que se confirma con la historia de la misma, no justifica en realidad la conclusión a que llega; v. en el texto.

bido al adquirir la nuda propiedad y pagadero al cesar el usufructo; y, además, la ley impone el deber de avisar la extinción del usufructo a aquellos a quienes se ha de reintegrar (art. 79, apartado último). Cuando el usufructo no pasa al propietario, sino que se extingue por otras causas, no son de aplicar las previsiones de la ley (art. 79, apartado penúltimo) para gravar la consolidación.

El error de esta tesis es evidente. El principio legal es que hay que pagar el impuesto sobre el valor entero de los bienes cuando la propiedad se transmite, aunque el valor actual de la adquisición en el momento en que se hace el traspaso constituya únicamente una parte del valor íntegro por haber separado de aquélla el usufructo. El débito de la tasa complementaria sobre la diferencia entre el valor de la nuda propiedad y el valor íntegro, corre a cargo del adquirente de la nuda propiedad, aunque subordinado a la condición de que la reunión del usufructo se realice y obtenga él la propiedad, y no puede quedar a su arbitrio sustraerse a pagar cuando la condición se cumpla, mediante la enajenación de la nuda propiedad al usufructuario. Con la enajenación pasa de su patrimonio al del usufructuario, con derecho a la utilidad que pueda dar la cosa después de cesar el usufructo, aquel valor precisamente que no ha estado sujeto al impuesto cuando entró en su patrimonio. El adquirente usufructuario satisface cuanto debe al Fisco pagando el impuesto sobre la nuda propiedad, pero el nudo propietario enajenante no ha satisfecho todo lo que debía.

Si en cambio el usufructuario cede el usufructo al nudo propietario, hay un nuevo desplazamiento patrimonial, cuya cuantía se equiparará exactamente al valor del usufructo durante el tiempo que media entre la cesión y el término previsto en el acto constitutivo, y que debido a la necesidad de señalar para el impuesto criterios fijos, no puede excluír el crédito fiscal correspondiente al desplazamiento ocurrido con independencia de la cesión, con la anterior transmisión de propiedad: pongamos por ejemplo un adquirente de la nuda propiedad que la recibe de un extraño a título gratuito y debe el impuesto del 15 por 100 por la mitad del valor de los bienes en el momento de la adquisición, y por la otra mitad al cesar el usufructo; no puede esquivar el pago del impuesto de la segunda mitad cuando, antes del término predeterminado, y mediante la compra del usufructo, obtiene el disfrute durante el tiempo en que debía ser titular suyo el usufructuario. Otro tanto puede decirse en caso de enajenación de la nuda propiedad a un tercero; dada esta enajenación, y permaneciendo el usufructo en el patrimonio del usufruc-

tuario, cuando cese el usufructo, ¿quedará tal consolidación exenta del pago del impuesto tan sólo porque la consolidación recae a favor de persona distinta de la que ha adquirido la nuda propiedad? No hay razón alguna ni pretexto siquiera para ello. Y si a esta enajenación de la nuda propiedad sigue la cesión del usufructo al mismo tercero, y esta cesión se verifica en el propio acto, subsiste también a favor de la Hacienda e independientemente del gravamen que tal cesión devengue, el crédito tributario preestablecido condicionalmente para la época de la consolidación (1).

Por lo demás, hay que reconocer que quien está siempre obligado al pago del impuesto de consolidación, es el adquirente del pleno dominio en el instante de constituirse el usufructo, no aquél que lo adquiere o se le asigna cuando hay consolidación, y que si las relaciones establecidas entonces se modifican por actos posteriores, podrá derivarse de ello que se transmita a otro el débito tributario que hubo de liquidarse condicionalmente entonces, no la constitución de un débito con existencia propia respecto a quien haya adquirido la propiedad al realizarse la consolidación; e igualmente hay que reconocer que si la condición para la reunión de ambos derechos se

---

(1) Resulta evidente, en razón a lo que queda expuesto, cuán infundada sea la distinción indicada por TENDI: él mismo reconoce que no puede crear la ley una transmisión que no existe; cuando ocurre la consolidación, no hay transferencia, por lo cual el impuesto de consolidación grava la transmisión anterior de la nuda propiedad y queda adeudado cuando la adquiere el usufructuario o un tercero. Pero TENDI no ve en la ley el principio de que el impuesto debe pagarlo el adquirente de la nuda propiedad sobre el valor íntegro de los bienes. Racionalmente, sólo se debería gravar el valor que tuviese la nuda propiedad al transmitirse. Se ha gravado la consolidación únicamente para evitar fraudes; fraudes que consistirían en transmitir el pleno dominio satisfaciendo un impuesto por la mitad del valor, y eso se evita si la enajenación por separado de la nuda propiedad, desprendida del usufructo, va acompañada de su transmisión al usufructuario. Siempre cabría hacer otras cosas para defraudar al Fisco: así, v. gr., eludir un impuesto mayor, adecuado a la relación entre transmitente y adquirente, y asignar solamente el usufructo a quien deba pagar el impuesto mayor, y la nuda propiedad al que debe satisfacer el menor, disponiendo de antemano la cesión de la nuda propiedad al usufructuario. Y sobre todo, si puede discutirse la procedencia y justicia del precepto legal, una vez reconocido éste, no cabe limitar sus consecuencias y pretender exceptuar al nudo propietario a virtud de un acuerdo con el usufructuario, de las obligaciones contraídas al adquirir, defraudando de esta suerte las expectativas a favor del Fisco nacidas sobre la base de tal adquisición.

realiza en época anterior a la prevista, a consecuencia de esos actos posteriores, no hay por qué exigir que vaya acompañada de un vencimiento anticipado del impuesto complementario. Examinemos nuevamente el caso de cesión del usufructo al nudo propietario: es justo que pague por la cesión, y justo también que permanezca obligado a pagar el impuesto que hubiera debido satisfacer si no hubiese ocurrido la cesión y la consolidación se hubiera aplazado hasta la muerte del usufructuario. Pero ¿por qué la cesión, que ya satisface un impuesto propio, ha de gravarse después con el pago del de consolidación antes de que llegue la época en que por la adquisición de la nuda propiedad estaba prevista la extinción del usufructo? Créese necesario deducir la necesidad de esta anticipación de la letra de la ley, que exige el pago del impuesto de consolidación al cesar el usufructo: la anticipación es inevitable si esto, que es un requisito o condición, obra al propio tiempo como término para el pago. Pero conforme a los principios que informan la ley fiscal, debe distinguirse precisamente entre cesación del usufructo como condición y como término, y tener en cuenta que *el impuesto por consolidación se devenga a condición de cesar el usufructo, pero no antes de que transcurra el plazo en que dicha cesación debería ocurrir, conforme a lo previsto en el acto o contrato que adjudicó la nuda propiedad*. Si a consecuencia de actos o hechos posteriores se extingue antes el usufructo, el impuesto de reunión o consolidación debe quedar en suspenso hasta aquella época. Adquiere Ticio la nuda propiedad y Cayo el usufructo. Si Cayo cede el usufructo a Ticio, o Ticio la nuda propiedad a Cayo, o Ticio y Cayo hacen que adquiera el pleno dominio un tercero, queda extinguido el usufructo; pero hasta la muerte de Cayo no debe pagarse el impuesto de reunión. La muerte de este último no es ya el momento de cesar el usufructo, sino el momento de aquel resultado económico que motivó el aplazamiento del impuesto suplementario; únicamente en aquel instante la atribución anterior de la nuda propiedad hace que ingrese el valor del disfrute en el patrimonio del nudo propietario o del sucesor de éste, aunque sea aquél el usufructuario mismo, ya que los distintos actos realizados en el intervalo se gravan en relación a las modificaciones que llevan precisamente a este resultado.

No hay perjuicio alguno para los derechos del Fisco en que perdure la suspensión, aun cuando los bienes usufructuados pasen a manos de persona distinta del nudo propietario obligado al pago: la deuda con la Hacienda cuenta con un privilegio (arts. 1.958, n. 1, y 1.962, aparts. 1.° y 2.°) de prelación frente a cuantos derechos pue-

dan legarse sobre los bienes cuya propiedad se haya transmitido desmembrando su usufructo por títulos posteriores a aquella transmisión (1).

La tesis que propugnamos (2) ha sido recogida en una sentencia del Trib. de Apel. de Roma: el impuesto de reunión o consolidación se devenga desde el momento en que se transmite la nuda propiedad, y es exigible, no en el instante en que por un acto cualquiera cesa el usufructo, sino en aquel que sigue a la muerte del usufructuario o a la expiración del plazo señalado a la duración del usufructo (3). Se ha dicho otras veces que cuando ocurre la conversión del usufructo legado en testamento, en una cantidad determinada,

---

(1) Así lo resuelve claramente la Cas. de Roma, 7 agosto 1891 *(Foro,* 1892, 197); el derecho de la Hacienda al pago del impuesto, que queda en suspenso hasta la reunión del usufructo, y el privilegio que lo asegura, nacen en el instante mismo de abrirse la sucesión. V. también Apelación Trani, 11 diciembre 1903 *(Riv. giur. Trani,* 1904, 56). Precisamente lo contrario de lo que, con evidente error, afirmó el T. de Apel. de Nápoles, 1.° diciembre 1890 *(Bollett. deman.,* 1891, 2, 40), que declaró que el privilegio nace al ocurrir la reunión y no perjudica a los acreedores hipotecarios que tengan inscrito su derecho con anterioridad. Como la obligación de satisfacer el impuesto surge con la transmisión de la propiedad, se aplica la ley vigente en aquel momento, en tanto que la sanción penal por la demora se rige por la ley de la época en que ocurra la reunión y debiera hacerse el pago: Apel. Mesina, 8 junio 1905 *(Gazz. proc.,* XXXIV, 18). El impuesto de reunión lo llamo impuesto complementario porque completa el exigible por la transmisión de la nuda propiedad; pero es un impuesto principal cuyo cobro ha estado en suspenso hasta el momento de la transmisión, y nada tiene que ver con el impuesto adicional o supletorio que la Administración liquida para corregir y revisar una primera liquidación (Apel. Catanzaro, 21 julio 1903, *Riv. trib. Mil.,* 1904, 345). Por consiguiente, además de poder alegar su derecho de prelación contra terceros poseedores del inmueble, a diferencia de lo que ocurre con el impuesto supletorio (art. 1.962, § 1.°), la oposición al apremio no suspende la obligación de pagar, como ocurre con el impuesto suplementario (art. 135 de la ley de Registro): Cas. Roma, 9 junio 1897 *(Massime,* 1897, 330) y Apel. Palermo, 15 abril 1898 *(eod.,* 1898, 550).

(2) Consecuente con ella es la práctica de cobrar el impuesto de consolidación a la muerte de la persona en cuyo favor estaba constituído el usufructo, después de extinguido éste por desuso o por decadencia del derecho.

(3) Sentencia de 18 julio 1889 *(Legge,* 1889, II, 562). V., en el mismo sentido, un breve artículo de SAVINI en el *Giornale del Notariato,* 1901, 129. En el caso de que se instituya a alguien en la nuda propiedad con derecho a obtener luego el usufructo al alcanzar la mayoría de edad (Apel. Catanzaro,

independientemente del impuesto que grava los contratos de cesión y al ocurrir ésta, hay que satisfacer el impuesto proporcional de reunión (1). Igualmente hay quien cree que se devenga el impuesto de reunión al cederse el usufructo a un tercero con simultánea cesión de la nuda propiedad, y que debe pagarse en el momento mismo de la cesión, contrariamente a lo aquí propuesto (2). La obligación de satisfacer el impuesto de reunión en el instante en que se transfiere la nuda propiedad al usufructuario, se ha sostenido muchas veces (3), aunque sólo en alguna ocasión se ha acogido la opinión de los escritores de Derecho fiscal de que la cesión de la nuda propiedad al usufructuario excluye el deber de pagar el impuesto de consolidación (4). Dicen muchos que el impuesto de reunión está a cargo del nudo propietario (5), si bien afirman que en el caso de cesión de la nuda propiedad al usufructuario o a un tercero adquirente del usufructo, el impuesto tiene por causa el acto de cesión, y, por consiguiente, son deudores al Fisco solidariamente los que intervinieron en este acto (6).

---

21 julio 1903, *Riv. trib. Mil.*, 1904, 345), expira a la mayor edad del instituído el plazo durante el cual ha de estar el usufructo separado de la propiedad.

(1) Apel. Florencia, 21 julio 1899 (*Annali*, 1899, 318); Cas. Roma, 3 junio 1903 (*Giur. it.*, 1903, 792); lo mismo en cualquier acto que implique renuncia del usufructo: Apel. Génova, 19 diciembre 1891 (*Massime*, 1892, 207); Apel. Bolonia, 31 julio 1899 (*Monit. giur. Bol.*, 1899, 343). El Trib. de Apel. de Parma, 29 enero 1901 (*Riv. trib. Mil.*, 1902, 51) resuelve que la liberación de la renta asignada en vez del usufructo hereditario, origina el cobro del impuesto de reunión. ¿Por qué? O, como he sostenido, conforme al fundamento y espíritu de la ley fiscal debe el impuesto pagarse a la muerte de aquél a cuyo favor se hizo el legado de usufructo, o debe pagarse en el instante de convertirse en renta el dicho usufructo.

(2) Apel. Florencia, 30 julio 1898 (*Annali*, 1898, 269) y Cas. Roma, 19 junio 1893 (*Foro*, 1893, 699).

(3) Cas. Roma, 8 enero 1894 (*Foro*, 1894, 465); Apel. Brescia, 29 febrero 1894 (*eod.*, 378); Trib. Milán, 3 julio 1901 (*Giur. it.*, 1901, 799); Apel. Catania, 30 diciembre 1901 (*Riv. trib. Mil.*, 1902, 51); Cas. Turín, 24 febrero 1902 y Cas. Roma, 12 agosto 1902 (*Foro*, 1902, 712, 1.121); Apel. Génova, 1.° marzo 1904 (*Temi gen.*, 1904, 138).

(4) Apel. Milán, 5 febrero 1902 (*Foro*, 1902, 471).

(5) Apel. Bolonia, 7 febrero 1898 (*Mon. giur. Bol.*, 1898, 58); Apel. Venecia, 27 octubre 1900 (*Temi ven.*, 1900, 391); Apel. Roma, 16 marzo 1899 (*Foro*, 1899, 1.111), y Cas. Roma, Pleno, 27 enero 1900 (*Foro*, 1900, 455).

(6) La tesis opuesta de que el tercer adquirente de la nuda propiedad y el usufructo reunidos está obligado directa y principalmente al pago, la reconoció

La opinión sostenida por una constante jurisprudencia de rechazar la exclusión del impuesto de reunión en el caso de transmitir la nuda propiedad al usufructuario o la nuda propiedad y el usufructo a un tercero, no puede apoyarse en la interpretación del artículo 79, que exige notifiquen la conclusión del usufructo aquellos a quienes éste haya de pasar. No hay necesidad alguna, para explicar este precepto, de afirmar que la ley ha previsto el caso corriente de reincorporación al nudo propietario, cuando también el usufructuario que adquiere la nuda propiedad es quien está obligado, por su carácter de sucesor en la misma, al pago del impuesto, y según la opinión que mantenemos, ha de ser en el instante previsto para finalizar el usufructo por el acto que transmite la nuda propiedad. Más bien creo que precisamente porque sólo en este momento debe satisfacerse el impuesto de reunión, se exige el aviso (1), por analogía con el de las transmisiones *mortis causa* (2). Algunas sentencias imponen, en cambio, el deber del aviso en el instante de celebrarse el acto o realizarse el hecho jurídico que origina la extinción anticipada del usufructo (3). Pero se ha resuelto con razón que el pago del impuesto de consolidación debe hacerse dentro del año del aviso y de los veinte a contar del momento de la consolidación misma, si no se dió éste, sin que pueda aplicársele la prescripción quinquenal prevista para el impuesto sobre transmisiones no declaradas (4).

Con las cuestiones de que nos estamos ocupando, se enlaza la relativa al impuesto de las convenciones llamadas *comunidades civi-*

---

el Trib. de Cas. de Roma en sentencia de 21 de noviembre de 1898 (*Foro*, 1899, 72), en aquel mismo pleito en que después intervino y resolvió lo contrario el Pleno (fallo citado en la nota anterior).

(1) Deduciéndose lógicamente que el aviso no puede suplirse con nada equivalente, ni siquiera con la liquidación del acto de cesión del usufructuario al propietario: Apel. Roma, 31 mayo 1881 (*Temi rom.*, 1881, 293); y que el que no lo haga sufrirá un recargo: Cas. Roma, 8 junio 1883 (*Foro*, 1883, 897); Cas. Roma, 4 septiembre 1884 (*Legge*, 1885, I, 6).

(2) Pero sin confundirlo con el aviso de la transmisión por causa de muerte. Por eso, si la aceptación de la herencia la hace el usufructuario acogiéndose al beneficio de inventario, el plazo de aviso de la consolidación no transcurre, como el plazo para el aviso de la sucesión, desde que el inventario queda terminado. Así Apel. Milán, 23 octubre 1909 (*Riv. trib. Mil.*, 1909, 755). En contra: Cas. Roma, 18 junio 1901 (*Foro*, 1901, 1.082).

(3) Apel. Milán, 1.° agosto 1892 (*Massime*, 1892, 541).

(4) Cas. Roma, 10 diciembre 1879 (*Giur. it.*, 1880, 85); Trib. Reggio Calabria, 26 enero 1896 (*Gaz. proc.*, XXVII, 466).

les (conventi civili) (1), que se constituyen cuando varias personas convienen en adquirir un objeto, obligándose recíprocamente a que el usufructo se goce en común y que la parte del que fallezca venga a acrecer a los supervivientes hasta que en el último se concentre la propiedad íntegra; la Hacienda reputa transmitida la propiedad a la persona incierta del supérstite, desmembrando de ella el usufructo asignado conjuntamente a los compradores y que ha de reunirse a la propiedad cuando sobreviva uno solo (2). Pero si por esquivar o aplazar el pago del impuesto de reunión, son admitidas a participar del usufructo personas ajenas a la adquisición originaria, hay cesión de una cuota del usufructo y cesión del derecho eventual a adquirir la propiedad, que equivalen juntamente a la cesión de una cuota de copropiedad, y son en deber, además del impuesto por estas dos cesiones, el impuesto de consolidación a la muerte del penúltimo de los primitivos adquirentes (3).

382. Como quiera que el usufructo legal de los padres no es otra cosa que la designación colectiva de tantos usufructos como bienes adquiere el hijo (4), son de aplicar al mismo aquellas causas de extinción del usufructo atinentes a la pérdida del objeto y a la resolución de la propiedad del menor (5). No puede darse en él la extinción por desuso durante treinta años, porque el plazo máximo de duración es de veintiún años (a), tampoco puede ser normalmente

(1) MANTELLINI, *Lo Stato ed il codice civile*, I, p. 382.

(2) VIGNALI, *Tasse di registro*, I, p. 373, condena injustamente este sistema de imposición y dice que la nuda propiedad pasa a todos los adquirentes, y, por lo tanto, opina que, a la muerte de cada uno en particular, debe exigirse el impuesto de transmisión, e impuesto de transmisión a título oneroso, porque la reciprocidad e igualdad del riesgo de la supervivencia excluye el concepto de una liberalidad a favor de los supérstites.

(3) En armonía con la tesis recogida en las sentencias citadas en la nota 1 de la p. 805, el impuesto debería pagarse en el momento de la cesión. Así lo dice el Trib. de Apel. de Turín.

(4) V., más atrás, nn. 341 y 345.

(5) A la resolución de la propiedad mediante el derecho a retraer, o por cumplirse cualquiera de las condiciones resolutorias a que se sujetó el acto de constituirlo a favor del hijo; a la reducción de las donaciones, a la rescisión de la venta por lesión, a la revocación de las donaciones por incumplimiento de las cargas, ingratitud, nacimiento posterior de hijos al donante y revocación por haberse realizado la donación en fraude de los acreedores, cuando en éste no haya participado el padre; v. n. 379.

(a) [23 en el Cód. esp.]

causa de extinción la consolidación, porque el padre no puede renunciar el usufructo en favor del hijo (1), ni puede adquirir sus bienes (2); en cambio, con la muerte del hijo se extingue el usufructo antes de que eventualmente ocurra la trasmisión de la propiedad al padre. El usufructo legal no se extingue por la muerte del padre, pasa a la madre supérstite, y se extingue con la muerte de ésta, porque concluye la patria potestad de la cual es un atributo. Este usufructo legal no tiene otro fin que el asignado a la patria potestad por el precepto legal que lo establece; acaba normalmente con la mayor edad del hijo, pero puede concluír antes, no sólo con la muerte de ambos padres y la del hijo, sino mediante la emancipación de éste. Se ha creído el Código en el deber de hacer una indicación expresa y declarar la extinción del usufructo legal por muerte del hijo (artículo 232), para evitar así la duda, tan infundada aun en el Código francés, de si ha de aplicarse el precepto de que el usufructo constituído hasta que una tercera persona (que puede ser el propietario mismo) llegue a una cierta edad, ha de durar hasta esa fecha aunque la persona premuera. La duda carece de fundamento incluso en el régimen del Código francés porque éste no prescribe que *la jouissance des biens des enfants* (art. 384) dure hasta la mayor edad del hijo, sino hasta que éste cumpla diez y ocho años, porque con la muerte de los hijos cesan de ser bienes suyos y se extinguen los motivos de concederse el goce; menos aún hubiera podido reproducirse bajo el imperio de nuestro Código, que no ha querido disponer la extinción normal del usufructo antes de extinguirse la patria potestad (3), ni prorrogarla más allá de la mayoría de edad, como lo hacía el Código Albertino.

(1) V. n. 361.

(2) Art. 1.457. Pero no es imposible jurídicamente el traspaso de la propiedad del hijo menor al padre si, por ejemplo, para extinguir una deuda del hijo hacia su padre, autoriza el Tribunal, previo el nombramiento de un tutor o defensor especial, la dación en pago de sus bienes. Indudablemente, hay consolidación si media entre hijo y padre una partición de bienes comunes, extinguiéndose el usufructo en la parte de ellos que reciba para satisfacer su cuota (a).

(a) [El art. 1.459 del Cód. esp., correspondiente al 1.457 del italiano, no prohibe a los padres comprar los bienes de los hijos sujetos a su potestad, pues en la palabra *mandatarios*, empleada por el apartado 2.° de dicho artículo, no están seguramente comprendidos (por las razones que expone SCAEVOLA, t. XXIII, p. 405) los padres por razón de la administración legal que ejercen sobre los bienes de sus hijos menores.]

(3) Dáse como fundamento de esta disposición diversa del Cód. francés la

Se extingue la patria potestad, y con ella el usufructo, antes de la mayor edad del hijo, con la emancipación que se efectúa de pleno derecho si contrae matrimonio, y que, aun sin él, pueden lograr los que han cumplido diez y ocho años (arts. 310-311) (a). La emancipación es consecuencia del consentimiento que el padre ejerciente de la patria potestad otorga para que contraiga matrimonio el hijo o en virtud de una declaración solemne suya; mas no por ello debe imputarse a la voluntad del titular la extinción del usufructo que de aquellos actos se deriva, porque esta expresión de voluntad no es suficiente para determinarla con independencia de la emancipación; ésta, de todos modos, puede privar a la madre, sin su consentimiento, del usufructo de que goce a causa de haber sido excluído de él el padre por razones personales (1); así como una emancipación hecha por la madre que, a virtud de impedimento del padre, ejerza la pa-

---

conveniencia de preparar una situación mejor para el hijo con las economías de los últimos años de la minoridad y el que desaparezca el incentivo de un interés personal en rehusar al hijo el consentimiento para contraer matrimonio o emanciparlo. V. BIANCHI, VII, 288.

(a) [Arts. 314 y 318 del Cód. esp.]

(1) Del usufructo sobre los bienes que el padre fuese indigno de recibir; que rehusara aceptar en nombre del hijo; que hayan sido dejados al hijo con exclusión expresa de que los usufructúe el padre; del usufructo que éste perdiese a causa de sentencia de divorcio, y separación personal consiguiente, de la que haya sido culpable; o del usufructo de que haya sido privado por abusos; v. t. I, n. 178. La extinción del usufructo legal del cónyuge contra quien se haya dictado sentencia de divorcio, prevista en el art. 156, a ejemplo del Código francés (art. 386) que priva de él al cónyuge culpable, la niega BIANCHI, VII, 300, con un esfuerzo curioso de exégesis: a la pérdida del usufructo legal le da el significado de la pérdida del goce de la dote, que no es usufructo ni es legal, que no corresponde a la mujer, contra quien se dirige sin embargo la pérdida del art. 156, y que en cambio está incluído en los beneficios estipulados en las capitulaciones matrimoniales, con cuya pérdida conmina igualmente la disposición anterior del mismo artículo... Endebles son también los argumentos aducidos contra la conveniencia de infligir esa pérdida al cónyuge culpable; está plenamente justificado que el padre culpable de la imposible convivencia familiar, carezca de la libertad de gestión asegurada al usufructo, y que por asignarse éste a la madre participe efectivamente ella en el ejercicio de la patria potestad que no le corresponde sino de nombre en condiciones normales; y también que si son ambos padres los culpables del rompimiento de la convivencia familiar, ninguno tenga la independencia de gestión que el usufructo asegura.

tria potestad, puede privar a éste del usufructo que debiera volver a él una vez cesado aquel impedimento (1).

Si el consejo de familia, en uso de sus facultades, revoca la emancipación concedida al menor cuando haya demostrado incapacidad para administrar, como quiera que vuelve a la patria potestad (art. 321), se restablece el estado de cosas existente antes de la emancipación y resurge el usufructo (2) (a).

Aun antes de la mayoría de edad del hijo se extingue la patria potestad, y el usufructo con ella, al declararse la ausencia del padre (artículo 241) (b), al imponerse a éste ciertas sanciones penales (artículo

---

(1) Vuelve el usufructo al padre al recobrar el ejercicio de la patria potestad si se revoca su incapacitación, o la resolución que por abuso le haya privado de él, o se extingue la eficacia de la condena penal; lo recobra igualmente si reaparece después de declarada su ausencia. V. t. I, n. 177. Cabe la duda de si a virtud de un impedimento transitorio para el ejercicio de la patria potestad, como la ausencia presunta, puede pasar el usufructo temporalmente a la madre juntamente con el ejercicio de la patria potestad. Aun en otros casos de impedimento de hecho del ejercicio de la patria potestad por parte del padre, puede ejercitarla la madre, y no procede por ello que le corresponda temporalmente el usufructo. Cfr. BIANCHI, VII, 157 y ss., 255: entre ellos cabe enumerar la no presencia o enfermedad del padre, pero es imposible que semejante impedimento legitime, como otros actos de ejercicio que en interés del hijo no se pueden suprimir o retrasar, la emancipación del mismo.

(2) Así, BIANCHI, VII, 290. Conf. BORSARI, § 543, II; BUNIVA, *Stato delle persone*, p. 183; TOULLIER, II, 1.303; MARCADÉ, ad art. 387, VII. Cabe una duda, si no se razona, tanto conforme a la letra del art. 228, según el cual el usufructo se mantiene hasta la emancipación, cuanto por el fin para que se ha dispuesto la revocación, que es remediar la incapacidad de administrar del emancipado; fin para cuyo logro no es necesario atribuír de nuevo independencia de gestión al padre usufructuario. Acerca de la extinción definitiva del usufructo legal en virtud de la emancipación, v. VALETTE sobre PROUDHON, *État des personnes*, c. XV, s. VI; DEMOLOMBE, VI, 555; LAURENT, IV, 336; AUBRY y RAU, § 550 *bis*, n. 30; pero esa tesis puede sostenerse mejor en el ámbito del Cód. francés que autoriza la emancipación sin necesidad de acuerdo del consejo de familia, mediante la simple voluntad del padre emancipante, y que no exige como el nuestro que una vez revocada la emancipación, el hijo vuelva a la patria potestad, sino que vuelve a la tutela del padre. Inútil me parece recordar que la emancipación de pleno derecho subsiguiente al matrimonio no puede revocarse, y, por tanto, no cabe que reconstituyéndose el usufructo, la familia creada por el menor quede privada de base económica.

(a) [No es aplicable esta doctrina al Derecho español, en el cual, por precepto del art. 319, concedida la emancipación, no puede ser revocada.]

(b) [Art. 170 del Cód. esp.]

241) (1), ser declarada judicialmente su incapacidad, y a consecuencia también de la adopción de medidas judiciales ocasionadas por los abusos del padre que ejerza el usufructo (art. 233) (b), cuando no exista el otro progenitor o cuando el mismo tampoco esté en aptitud de sustituirle por una de las causas indicadas. BIANCHI (2) no admite más causas de pérdida de la patria potestad que aquellas anejas a la condena penal y la declaración de ausencia. Me parece exacta su observación de que no debe considerarse que cesa la patria potestad a virtud de una ausencia presunta que no motive tutela; y al paso que se transmite su ejercicio, y con él el usufructo, a la madre, cuando el presunto ausente es el padre; si aquélla ha muerto o está privada de la patria potestad en virtud de una causa personal que le sea imputable, el padre conserva ese usufructo mientras dure la gestión del tutor provisional a quien se le entrega el cuidado de los hijos en virtud del artículo 47; pero le parece que debe resolverse de modo distinto en el caso de que se incapacite uno de los padres, si no existe el otro o está inhabilitado para desempeñar la patria potestad (c). El argumento que se deduce de la letra del artículo 241, que no incluye entre las causas que motivan la apertura de la tutela la presunción de ausencia ni la incapacidad, desaparece si tenemos en cuenta que la ley ni para uno ni para otro caso habla del nombramiento de tutor temporal. La ley guarda silencio en absoluto acerca de la posición de los hijos cuyos padres están incapacitados, o haya premuerto uno, y esté el otro declarado ausente, o privado de ejercer la patria potestad en

---

(1) De pleno derecho, a consecuencia de la condena a la pena de ergástula: Cód. penal, art. 33; o de condena por estupro, abusos deshonestos, invitación a la corrupción, atentados contra el pudor, incesto y lenocinio en perjuicio de los hijos: Cód. penal, art. 349. También puede llevar unida la pérdida de la patria potestad, la condena por el uso de violencia excesiva para corregir a los hijos: Cód. penal, art. 392. La pérdida se refiere solamente a la persona y a los bienes de los hijos en perjuicio de quienes se cometió el delito: BIANCHI, VII, 293 (a).

(a) [V. en Derecho español, los arts 169, núm. 1.° y 170 del Cód. civil, y el art. 459, párr. último, del Cód. penal.]

(b) [Art. 171 del Cód. esp.]

(2) *Op. cit.*, VII, 339.

(c) [El Cód. esp. dice en su art. 170 que la patria potestad se suspende por la incapacidad del padre, o en su caso, de la madre, declarada judicialmente.]

virtud de condena penal o declaración de incapacidad. Es completamente imposible pensar que los padres puedan ser sustituídos en el ejercicio de la patria potestad y que puedan serlo por el tutor a quien se confía el cuidado del menor y de sus bienes; asimismo es imposible que el menor esté representado y tutelado por un incapaz de obrar o que quede sin representación. De consiguiente, hay que recurrir a las disposiciones que regulan materias análogas; ahora bien, ¿cuál ha de aplicarse por analogía? ¿Será aquélla, relativa a la ausencia presunta, que provee a un estado de cosas necesariamente transitorio, puesto que a los tres o a los seis años como máximum, ha de cesar con la vuelta del ausente o realizarse la declaración de ausencia? ¿O bien a aquella otra relativa a la ausencia declarada, que rige una situación de duración indefinida, aun cuando haya siempre la posibilidad de que reaparezca el ausente? Para mí es preferible la segunda, porque una momentánea perturbación mental, no hace que se recurra a la medida grave de la incapacitación, y tampoco cabe atender a regularla, en cuanto al tiempo y condiciones, como si por el contrario pudiera preverse la época en que había de cesar. Y si con respecto a un estado transitorio cabe conferir al tutor provisional una facultad de que puede privársele sin necesidad de providencia alguna judicial, y seguir pensando que al ausente sustituído por el tutor, ha de considerársele investido siempre de la patria potestad (por lo que no debe ser privado del usufructo), en caso de incapacitación debe hacerse lo contrario, pues resulta incongruente reconocer que el incapaz está en posesión de una facultad que es además un cargo público, si no se halla en situación de desempeñarlo, y más incoherente todavía, puesto que el usufructo es un medio encaminado al desempeño del cargo, reservarle los beneficios del mismo cuando no lo desempeñe.

Tampoco admite BIANCHI (1) que el padre pueda ser privado de la patria potestad por la autoridad judicial que entienda y deba resolver sobre sus abusos. El tribunal puede limitarse a proteger la persona del menor contra las negligencias del padre respecto a la educación y contra el peligro que le pueda acarrear la convivencia con quien da ejemplo de mala conducta, y ordenar su ingreso en un colegio o que se le prepare para una profesión u oficio o que se le sustraiga a la custodia del padre y sea confiada a la madre si vive separada de éste, o que se le encomiende a otra familia. Puede limitarse a proteger los bienes del menor contra la mala administración

(1) *Op. cit.*, VII, 306, 310.

del padre y nombrarle un curador (1). Puede también adoptar las dos clases de providencias; hasta puede privar parcial y aun totalmente del usufructo al padre para obligarle a rendir cuentas de la inversión de las rentas del hijo, independientemente de las dos clases de medidas indicadas, o unidas a una o a otra o con ambas. Pero nada de esto implica, desde luego, la privación de la patria potestad (a). Creo de todos modos que cuando los peligros a que estén expuestos juntamente la persona y los bienes del hijo, exijan el nombramiento del tutor, que implica la designación de un representante del hijo con independencia del padre, y la entrega al tutor del cuidado de la persona y de los bienes, es cuando verdaderamente acaba la patria potestad—salvo que la recupere el padre cuando sea revocada la resolución, como puede ocurrir siempre—, y que no puede quedarle al padre indigno el derecho a emancipar al hijo, ni el de autorizar su adopción o su matrimonio (2). Con más motivo, y supuesta la función del usufructo legal, debe rechazarse que al nombramiento de tutor pueda sobrevivir dicho usufructo, aun cuando no se le haya privado de él expresamente en el fallo.

La privación del usufructo como sanción a los abusos del usufructuario, reconocida en el artículo 516, no va embebida, con respecto al padre que usufructúa, en la privación que se le puede infligir a tenor del 233, que acabamos de aclarar. El artículo 233 regula unas medidas adoptables en vía de jurisdicción voluntaria y con fines tutelares. Cierto que dictada en tal forma la resolución, el padre, en vez de apelar de aquélla ante el Tribunal superior (C. P. c., artículo 781), puede promover un juicio contra el tutor o el curador nombrado por el Tribunal (o pedir que se nombre un curador especial para este efecto), a fin de solicitar que se modifique aquella re-

(1) En este caso el curador rendirá cuentas de la administración al padre usufructuario. El curador obra bajo la vigilancia de la autoridad judicial, sin constituirse consejo de familia: Apel. Venecia, 24 mayo 1905 (*Temi*, 1905, 410).

(a) [No es aplicable esta argumentación a nuestro Derecho, puesto que el art. 171, clara y expresamente, autoriza a los Tribunales para *privar a los padres de la patria potestad*, si no optan por alguna de las medidas menos radicales de que habla dicha disposición.]

(2) Que es lo que sostiene BIANCHI, tomo citado, ps. 861-867, sin reparar, por lo demás, en que de esta suerte quedaría al arbitrio del padre frustrar las medidas adoptadas por la autoridad judicial y crear una situación más peligrosa aún que la que se ha querido evitar, pues emancipando o casando al hijo y halagando sus pasiones, cabría mantener de hecho una verdadera sumisión al padre.

solución. También es posible que el tutor mismo designado para administrar los bienes del hijo, sea el que reclame en juicio la extinción total o parcial del usufructo que haya conservado el padre, y no como precaución para prevenir la repetición de los abusos, sino como compensación a los efectos de dichos abusos, y como pena, salvo siempre la acción de daños.

El último motivo de pérdida del usufructo legal lo constituyen las segundas nupcias de los padres (art. 232). El Código francés la impone sólo a la madre que las contrae (a); el nuestro, con mayor fundamento, equipara la condición de la viuda a la del viudo y conserva a ambos la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio; pero como quiera que la constitución de una nueva familia y los intereses que van unidos a ésta, exigen que se protejan los intereses de dicho primer matrimonio, impone al ejercicio del usufructo la condición de rendir cuentas de su administración (1). Y como los intereses encontrados respecto a los hijos del primer matrimonio subsisten a la disolución del segundo, se ha de pensar que no por este hecho se recupera el usufructo (2). Se ha discutido si debe reputarse no ocurrida la extinción del usufructo cuando por cualquier causa se anu-

(a) [La ley de 21 febrero 1906 suprimió en Francia la causa de extinción del usufructo por el segundo matrimonio de la madre. En cambio, perdura en España el principio de privación de la patria potestad de la madre que pasa a segundas nupcias. V. art. 168. En Cuba, donde rige el Cód. esp., ha sido derogado este art. por la ley de 17 julio 1919.]

(1) V. Apel. Trani, 10 marzo 1899 (*Riv. giur. Trani*, 1899, 363). Las cuentas deben rendirse desde el momento en que cesa el usufructo por contraer segundas nupcias, y no en el instante en que el hijo menor deje de convivir con los padres. Dispone el artículo 234, que cuando el padre, después de cesar el usufructo legal, continúe disfrutando de los bienes del hijo que con él habite, aun cuando sin mandato para ello, pero sin que el último se oponga, no está obligado a devolver más que los frutos subsistentes al deducir la demanda; tal precepto presupone un mandato tácito, que puede ser eficaz jurídicamente tan sólo si procede de persona capaz jurídicamente también: Apel. Nápoles, 15 julio 1872 (*Annali*, 1872, 445); Cas. Turín, 4 junio 1892 (*Foro*, 1892, 1.289); Cas. Nápoles, 25 enero 1894 (*Foro*, 1894, 764) y Apel. Mesina, 30 marzo 1903 (*Temi Sicil.*, 1904, 83, con nota contraria de M. CRISAFULLI). El art. 234 ha sido, por lo demás, aplicado tratándose de hija casada y que vivía con el marido y con los padres, cuando el disfrute se continuó sin oposición de la hija ni del yerno: Apel. Roma, 5 septiembre 1894 (*Temi rom.*, 1895, 126). El Trib. de Apel. de Trani, 28 mayo 1909 (*Foro delle Puglie*, 1909, 348) ha resuelto que puede imponerse al padre administrador la rendición anual de cuentas al tutor.

(2) BIANCHI, VII, 295 y autores que cita: así también Apel. Trani, 26

le el matrimonio; indudablemente, no puede incluirse entre los efectos del matrimonio nulo, tanto respecto a los cónyuges de buena fe como a sus hijos (art. 116) (a), la privación del usufructo derivado del matrimonio anterior; pero cabe la duda de si después de anularlo persisten los efectos del matrimonio contraído de buena fe, y habrá de quedar jurídicamente terminado aquel conflicto con los intereses de los hijos del primer matrimonio, en razón del cual convierte la ley al padre-usufructuario en padre-administrador. Por eso no es un disparate la distinción que DURANTON (1) propone al querer que perdure la extinción del usufructo si surte efectos civiles el segundo matrimonio anulado y en particular cuando de él nacieron hijos que ostenten la cualidad de legítimos y a los cuales puedan ser postergados los hijos del primero y sus intereses; y, en cambio, si no ha producido efectos civiles, cree dicho autor que la privación del usufructo no debe subsistir después de la nulidad. Más bien cabe sostener que el motivo de la privación no es el vínculo jurídico constituído por las nuevas nupcias, y de aquí que pueda aceptarse, con la mayoría de los escritores franceses, no sólo que dure para siempre después de anulado el segundo matrimonio, sino que además incurra en la privación el progenitor que contraiga únicamente matrimonio religioso (2). En esto va implícita una in-

---

enero 1878 (*Annali*, 1878, 189), pero arrancando inexactamente del supuesto de que la privación tiene carácter de pena; en contra, LAURENT, VI, 338.

(a) [Art. 69 del Cód. esp.]

(1) *Droit civil*, III, 387. Las críticas de BIANCHI, VII, 296, no afectan al motivo aquí indicado.

(2) Cas. Nápoles, 18 julio 1870; cfr. PAOLI en los *Annali*, 1871, III, 17; en contra: Cas. Palermo, 1.° septiembre 1876 (*Foro*, 1877, 99); Apel. Módena, 20 septiembre 1889 (*Foro*, 1889, 726); Apel. Venecia, 12 mayo 1891 (*Temi ven.*, 1891, 294) y FILOMUSI-GUELFI en nota a la citada sentencia de Palermo, que, por lo demás, invoca una disposición legislativa que amenaza con la extinción de todo derecho dependiente del estado de viuda a quien contraiga matrimonio religioso.—Contra los peligros indicados están protegidos los hijos por el artículo 233; pueden ocurrir abusos con motivo de la constitución de nueva familia; pero, en sí, la formación de una nueva familia, aun de la anómala nacida del mero matrimonio religioso, no implica infracción de los deberes de la patria potestad. En cambio, el concubinato, y en general la conducta irregular de los padres, constituyen una violación de estos deberes; con razón BIANCHI protesta contra las opiniones de PACIFICI-MAZZONI, que sostiene que, no obstante la vida licenciosa del padre y de la madre, pueden ejercer dignamente la patria potestad.

fracción del precepto legal que impide a quien constituye una nueva familia conservar la libertad de gestión sobre los bienes de los hijos; pues el matrimonio religioso, a diferencia del concubinato, forma una familia reconocida por la sociedad, y, por tanto, ofrece mayores peligros para los intereses de los hijos del primer matrimonio.

LIBRO VI

USO Y HABITACIÓN

SUMARIO: 383. Concepto del derecho de uso. —384. Habitación. Régimen dado al uso en el título constitutivo.—385. Objeto del uso.—386. Las necesidades del usuario.—387. Facultades del usuario.—388. Obligaciones del usuario.—389. Intransmisibilidad del uso.—390. Indivisibilidad del uso.—391. Participación en el goce del objeto del uso.—392. Constitución del uso.—393. Extinción del uso.

383. El Código explica en forma negativa el contenido del derecho de uso cuando dice: «el que posee el uso de un fundo no puede tomar de él sino lo que requieran sus necesidades y las de su familia» (art. 521) (a). La definición que de ello sacan los intérpretes, «el uso es un usufructo limitado a las necesidades del usuario», nos deja en la duda sobre un punto esencial: si el usuario, a más de los frutos que dedique a su consumo, puede apropiarse aquellos otros que mediante el oportuno cambio le permitirían satisfacer otras necesidades suyas. A fin de poder formar idea de una figura jurídica, independiente por sí, y que contenga esta otra facultad, es preciso determinar previamente cuáles sean esas necesidades a que se haya de atender, porque sin esta indicación tendríamos un derecho a apropiarse todos los frutos que directa o indirectamente puedan ser dedicados a la satisfacción de necesidades, y entonces coincidiría con el usufructo, toda vez que éste consiste precisamente en esa satisfacción ilimitada que el usufructuario puede procurarse con la cosa, en variedad de formas, aunque haya de conservar siempre la sustancia de la misma, determinada por su destino económico. Pudiera acaso responder a tal exigencia la alusión que hace la ley en uno de sus artículos (el 132) a *necesidades de la vida*, que son las

(a) [Análoga, aunque expuesta en términos positivos, es la fórmula del Cód. esp., art. 524.]

que sirven para fijar el contenido de la obligación de alimentos (a), teniendo en cuenta que esa función alimenticia fué la que tuvo en principio el usufructo, aunque luego la haya superado.

Cabe, por tanto, pensar que el derecho de uso encierra la facultad de obtener la parte de renta necesaria para el sustento del usuario, con lo cual vendría a ser precisamente un derecho de usufructo alimenticio. La doctrina unánime o más generalizada, niega con razón (1) al usuario el que se apropie más que la porción destinada a su consumo, sin que le sea permitido tomar otras porciones para venderlas o permutarlas y obtener con ello más frutos de los que necesite para sí (b); y con más energía aún se le niega derecho a transmitir el disfrute en especie para procurarse en compensación un equivalente (2). Mas para hallar fundamento a esta negativa hay que buscar fuera de la letra del Código, inquirir otra determinación del contenido en la estructura tradicional de esta institución. Y renuncian a hallar ese fundamento, y se limitan a afirmar, en vez de probar, cuantos desconocen la relación existente entre la reglamentación que del uso hace el Código civil y el *usus* del Derecho romano (3), por creer que éste último excluía de un modo absoluto o en general toda apropiación de frutos, cualquiera que sea su clase.

La crítica que en el primer tomo de esta obra hice de esa doctrina de los romanistas, permite restablecer el nexo entre la antigua y la moderna institución y fundamentar la determinación exacta de ésta. He tratado de probar que no puede separarse en dos zonas distintas la actividad que puede ejercerse sobre una cosa y atribuír a una el uso y a otra el disfrute. Se usa para disfrutar y se disfruta mediante el uso, si bien cabe un disfrute independiente del uso, pero como consecuencia de una actividad usuaria ejercida por otro: la

(a) [V. art. 142 del Cód. esp.]

(1) PROUDHON, 2.770, 2.771; DEMANTE, *Cours*, II, 476 bis; AUBRY y RAU, § 237, n. 4; PACIFICI-MAZZONI, 705.

(b) [También en Derecho español está acorde la doctrina en considerar el uso como personalísimo y rechazar que el usuario pueda utilizar los frutos indirectamente, vendiéndolos y dedicando el precio a la satisfacción de las necesidades de la familia. Resulta así, con bastante claridad, de la regla que el artículo 526 dicta acerca del uso de un rebaño o piara de ganado. V. SCAEVOLA, p. 1.140, y DE BUEN, *Uso*, en la *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXX, p. 567.]

(2) V. n. 389.

(3) Así DEMOLOMBE, X, 751 y ss.; LAURENT, VII, 102.

prueba de esto puede verse leyendo en el libro III la exposición de los conceptos de disfrute y de renta.

Disfruta de la casa el que habita en ella, y del caballo el que lo monta y cabalga en él, así como del fundo quien recoge sus frutos; pero sin que la utilidad que la casa procure a quien la habita ni la que rinde el animal de cuya fuerza nos servimos, engendren la figura jurídica de adquisición de frutos, aun cuando se incluyan en el concepto económico de renta, y como tal deban computarse. Importa poco, por lo demás, que el hecho no repercuta en la elemental contabilidad de algunas casas particulares, como no repercuten ni se cifran tampoco algunos frutos. Por eso el usuario concebido por aquella doctrina, como no puede servirse de la casa sino para habitarla él, de igual suerte no podría más que pasearse o ser conducido en litera por el fundo, sin que por ello dejase de percibir una parte de la renta, que se tasaría según el precio que otro pudiera satisfacer por el permiso para ejecutar lo mismo.

Pero sí puede, en cambio, diferenciarse: *a)*, la actividad que procura, tanto la posibilidad actual como la futura de goce, la satisfacción de las necesidades; y *b)*, aquella otra que por fuerza se ha de limitar, como resultado inmediato, a semejante satisfacción. Y si para designar la actividad encaminada a procurar cualquier forma de utilidad se usan juntas las palabras *uti* y *frui*, *usus* y *fructus*, el medio y el fin, es claro que para designar la segunda es conveniente emplear aisladamente las palabras *uti*, *usus*, en las cuales predomina la idea de instrumentalidad, para indicar, precisamente, que el logro de aquel fin determinado constituye su condición y medida. *Con la atribución del derecho llamado «uso» se ha creado una relación, de medio a fin, que autoriza las facultades encaminadas a la satisfacción de las necesidades actuales del titular. El usuario puede obtener de la cosa cuantos servicios sea él capaz de aprovechar.*

Puede aprovechar la cosa misma, si para ello es apta, en la satisfacción de sus propias necesidades; y con este fin utilizar los frutos naturales, las partes separadas de la cosa que según su destino constituyan rentan, cuando existan esas necesidades en el momento de la separación y los frutos sean idóneos para satisfacerlas; le está prohibido cuanto exceda la posibilidad de tal satisfacción, así como también actuar sobre la cosa y sus frutos para lograr por medio del cambio cosas directamente útiles y, por último, conservar los frutos para satisfacer necesidades futuras. Basta la existencia actual de las necesidades para que tenga derecho a satisfacerlas con las cosas

cuyo uso se le ha concedido, con independencia completa de la posibilidad que tuviera de satisfacerlas por otro camino.

Persisto en la creencia de que a los conceptos expuestos pueden y deben reconducirse las decisiones de las fuentes. Es posible que la primera ocasión que hubiera para señalar estos límites al contenido del derecho, procediera de las concesiones del *usus aedium*, y que se haya ido diferenciando del usufructo a virtud de negarse al beneficiario facultades para obtener de la casa cualquier provecho que no fuese emplearla para habitación propia; pero es difícil concebir que al interpretar el valor de una concesión de uso cuyo objeto fueran cosas que normalmente no produjesen utilidad sino mediante la prestación de frutos, se adoptase la construcción artificiosa en virtud de la cual queda excluído el concesionario de toda participación en ellos.

Ni me convence el intento de RICCOBONO (1) que, sin tratar de explicar cómo haya podido surgir una interpretación semejante conforme a la voluntad y a los intereses de las partes (a los que se refiere y atiende toda norma jurídica), y sustituyendo tácitamente el intento de esta explicación por la tesis no probada de que la palabra *fructus* en su significado activo equivalga a aquella forma de *frui* consistente en la percepción de las partes separadas de la cosa llamadas *fructus*, afirma que el uso primitivo, el *usus* de la jurisprudencia clásica, era el *usus* sin participación alguna en los frutos, y que únicamente a virtud de interpolaciones justinianeas, que deformaron su concepto, se consiguió reconocer semejante participación en la medida de las necesidades del usuario. Su crítica certera confirma en algún sentido la construcción que expongo; como cuando nota la interpolación de la l. 4 pr. *de usu et habit.*, VII, 8: el *usus domus* no comprendía primitivamente la facultad de otorgar mediante precio el derecho a habitar aquella parte de casa sobrante después de atendidas las necesidades del usuario; y el reconocimiento de semejante facultad, agregada por TRIBONIANO para armonizar el antiguo Derecho con la interpretación del acto constitutivo, que reconoció con discutible equidad una constitución de JUSTINIANO (2), contradice indudablemente la índole de la institución. En éste, como en otros muchos casos, el Derecho vigente representa la vuelta a la pureza de los principios jurídicos (3). Su crítica, como

(1) *Sull'usus*, en los *Studi in onore di Scialoja*, t. I.
(2) C. XIII *de us.*, III, 33.
(3) Igualmente debe considerarse interpolada, conforme dice RICCOBONO,

otros han observado, se estrella ante un texto decisivo, cuya interpolación no se atreve a sostener; me refiero al pasaje de PAULO (1): *Fundi usu legato licebit usuario et ex penu quod in annum dumtaxat sufficiat capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructum nomine superesset.* Si el usuario tiene derecho a tomar del *penus* (2) cuanto necesita para el año y el fundo suministra, aunque absorba todos los frutos, ¿cómo puede haber duda de que en estos límites se le concede derecho a participar en los mismos? (3). También subsiste firme, no obstante los esfuerzos demoledores de RICCOBONO, la parte del texto (4) que él más ataca y en el cual se reproducen las opiniones de Sabino y de Casio que autorizan al usuario para tomar del fundo cuanto necesite para su uso, aunque no para lucrarse, en cuanto a la leña, manzanas, hortalizas, legumbres y flores, y la de Nerva, que agrega los sarmientos y la hierba. ¿Qué son todas estas cosas sino verdaderos y propios frutos? Y ¿cómo ante un testimonio semejante puede decirse que en la jurisprudencia clásica estaba negado al usuario el goce de los frutos?

Pero nos falta la prueba, de legitimidad indiscutible, que venga a demostrar cómo para la determinación del contenido del *usus* hubo de informar no la distinción entre el goce que los frutos proporcionan y el que procura la cosa misma, sino la distinción entre el goce en una forma cualquiera y el representado por la satisfacción inmediata de una necesidad actual; y tal prueba está en la contraposición *non usque ad compendium, sed ad usum,* y así resulta de estar equiparado el uso de los frutos al del agua, que en ningún momento adquiere la individualidad jurídica propia del fruto.

Después de esto, fácil es descubrir el artificio con que RICCOBO-

---

la l. 8 pr. *h. t.:* ULPIANO debió escribir únicamente: *Sed neque locabunt neque concedent habitationem nec vendent usum.*

(1) L. 15 pr. *h. t.*

(2) Es decir, de las cosas comestibles y potables; v. ULPIANO, 3 pr. *de penu leg.*, XXXIII, 9.

(3) Del texto citado he inducido la fórmula: derecho a los frutos para la satisfacción inmediata de las *necesidades actuales* del usuario; insisto en la importancia de este límite en el Derecho justinianeo y en el vigente, aun cuando RICCOBONO crea que Justiniano empleó la fórmula equívoca «en la medida de las necesidades del usuario» que permite reconocer la facultad de tomar de cualquier clase de frutos la parte necesaria para con su valor satisfacer las necesidades de sustentación del usuario.

(4) L. 12, § 1 de ULPIANO.

NO pretende que fué interpolada la continuación del pasaje y que es de origen tribonianeo la concesión al usuario de la facultad genérica de pretender *ex his quae in fundo nascuntur quod ad victum sibi suisque sufficiat*, tomando como indicio de la interpolación la circunstancia de que semejante ampliación se haya atribuído a una serie de juristas de distintas escuelas (SABINO, CASIO, LABEÓN, PRÓCULO), por oposición con la opinión aislada de aquel NERVA que a la enumeración de los productos reconocidos por otros (SABINO y CASIO) al usuario, hizo precisamente una adición, la relativa a los sarmientos y plantas forrajeras; no es difícil descubrir cuán artificioso e inverosímil resulta que, para hacer pasar como *ab initio scriptum quod electum et positum fuerit* por los compiladores (1), éstos quisiesen apoyar un nuevo principio, puesto en boca de ULPIANO, corroborándolo con la autoridad conforme de distintos juristas en el instante mismo en que descubrían la disparidad de miras de la antigua jurisprudencia sobre la materia.

En cambio se concibe perfectamente que no hubiese discrepancia para atribuír al usuario los frutos que por su naturaleza estaban destinados al consumo inmediato, y que alguien aisladamente se resistiese a la opinión preponderante de que el usuario pudiera tomar de todos los demás frutos la parte que necesitase consumir, y que esa resistencia se opusiese a aquel mismo jurisconsulto que reconocía al usuario el derecho a los demás productos de importancia secundaria, no comprendidos en el *penus*, inadecuados para la satisfacción de las necesidades alimenticias, pero aptos para la crianza de los animales (2). No hay incongruencia alguna en la distinción sutil entre productos destinados por su naturaleza al consumo inmediato y que corresponden sin condiciones al usuario en cuanto esté en aptitud de aprovecharlos, y aquellos otros cuyo destino para el consumo se deduce inmediatamente de la circunstancia de que el usuario los aproveche durante su permanencia en el fundo.

Es asimismo arbitraria la afirmación de que haya sido interpo-

---

(1) Como prescribe la constitución *Deo auctores*, § 7.

(2) El verde, las plantas forrajeras y los sarmientos, esto es, los tallos jóvenes destinados a la alimentación de los animales. Si los sarmientos pueden también destinarse a producir fuego, por otras razones cabe la duda de que puedan corresponder al usuario; porque no están comprendidos en el *penus*, y autorizar su corta al usuario para aprovecharlos, es otorgarle en el fundo una mayor libertad de acción que la necesaria para cosechar los productos de los cultivos anuales y la leña seca.

lado el párrafo segundo de la misma ley y el origen tribonianeo de la concesión al usuario de una cantidad módica de la leche que produzca el ganado cuyo uso le corresponde. ¿Por qué había de hacerse esta adición, si en la Instituta, que representa el pensamiento último de los legisladores justinianeos, se niega en cambio al usuario todo derecho a la leche, los corderos y la lana? (1) Más bien convendría hallar el fundamento de negativa tan terminante y aun el de los límites en que el texto de ULPIANO encierra el derecho del usuario del rebaño, que a mi parecer se encuentra, por un lado, y en lo referente a la lana, en el hecho de que no es una cosa destinada al consumo, y que, por tanto, su uso no puede entrar en los límites de la satisfacción inmediata de una necesidad actual; y en cuanto a los corderos, y aun a la leche, en la circunstancia de que su carácter de renta no lo determina más que el conjunto de la actividad desplegada sobre la universalidad rebaño; la leche ha de servir ante todo para alimentar los recentales; y los corderos, para llenar los vacíos causados por la muerte o la desaparición de las cabezas más viejas; y la necesidad de que el ganado se administre de tal suerte que conserve aptitud para dar renta y la renta mayor posible, no debe ser perjudicada por el interés del usuario en dar distinto empleo a aquellos productos. Nota RICCOBONO una última interpolación en el párrafo cuarto de la misma ley: el inciso en que se reconoce al usuario derecho a usar de los caballos en las carreras del circo, si sabía el testador, al legar el uso, que el beneficiado con él ejercía la profesión de auriga. La frase es sospechosa por su incorrecta sintaxis (2); la observación no afecta a la tesis que propugnamos, antes bien confirma que el usuario no tiene derecho nunca a los sustitutivos de aquella utilidad que se obtiene inmediatamente de la cosa.

Pudiera creerse, a primera vista, que hay una contradicción entre esto y lo resuelto en el § 6, que reconoce derecho en el usuario a servirse de los esclavos objeto del uso en los trabajos del fundo que tenga en arrendamiento o en los trabajos fabriles o de construcción que haya emprendido. La decisión del § 6 (3) tiene importancia capital para fijar el contenido del uso. Sirve para demostrar que entre las necesidades que pueden satisfacerse mediante la cosa usuada, no deben comprenderse únicamente las de sustentación, sino todas aquellas otras que con arreglo a su condición, pro-

(1) § 4, *I., de usu et hab.*, II, 5.

(2) *Reliquit* sin objeto.

(3) Cfr. también los §§ 3 y 4.

fesión o industria que ejerza, sienta el usuario y puedan inmediatamente ser atendidas con la cosa. El beneficio que obtenga el usuario mediante la empresa en que entre o un arrendamiento de predios o de obra que contrate, no representa un fruto civil de la cosa, aunque la utilice en tales menesteres, porque la relación jurídica de que se trata no tiene por causa la prestación de la dicha cosa (1). El uso del objeto asegura y robustece la vida del establecimiento industrial, de igual suerte que el uso de la casa y de los frutos del fundo asegura la vida de la persona; y el beneficio obtenido del negocio es jurídicamente independiente de la cosa usuada, como lo es también el beneficio que el usuario, trabajando por sí mismo, pueda obtener una vez asegurado su sustento por el uso. En cambio, en la participación que puedan tomar los caballos en las carreras del circo, el factor principal, si no único, del premio, es la fuerza y agilidad de los caballos, y no se puede dejar de imputar a éstos el premio de la victoria, que, en realidad, constituye una renta obtenida mediatamente de la cosa, y, por tanto, una renta que no pertenece al usuario (2).

Las conclusiones de RICCOBONO (3) las ha recogido recientemen-

---

(1) V. *supra* el n. 313, singularmente la p. 457. La diferenciación aparece clara de las palabras de ULP.: *Nec offendetur illa Sabini sententia, ancillae usu data ad lanificium eam non mitti, nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere; sibi enim facere videtur, qui non operas eius locavit, sed opus, quod conduxit, expediit.*

(2) De aquí la analogía con el arrendamiento de la cosa, que está prohibido al usuario; *quia quasi locare eos videtur.* V. *supra*, ps. 495 y 500.

(3) Las ha acogido también PACCHIONI, *Corso di dir. romano*, II, § 6 y en parte BONFANTE, *Istituz. di dir. rom.*, p. 299, n. 1, quien por lo demás reconoce que la ampliación del derecho del usuario a los frutos comenzó ya en la época de la jurisprudencia clásica. PEROZZI, *Istituz. di dir. rom.*, § 107, opina de modo singular, porque para él el principal y esencial contenido del derecho de uso fué siempre la facultad de usar, ampliada luego con la de apropiarse los frutos, dentro de los límites de la probable intención del constituyente y de los propósitos demostrados por el titular de rebasar el uso (!) a causa de sus necesidades personales y del contacto con la cosa. En contra de RICCOBONO, véase COSTA, *Storia del diritto romano privato* (Turín, 1911), p. 269. Precisamente hace notar, entre otras cosas, que RICCOBONO concibe demasiado absolutamente los términos y las consecuencias de la economía doméstica que indudablemente predominaba en Roma, cuando afirma que reconocer al usuario derecho a lo que requiriese para sus necesidades, implicaba poner a su disposición cuanto la tierra producía; la venta de los productos no era tampoco una cosa insólita que hiciera inconcebible la distinción entre un derecho que entrañaba

te y estudiado PAMPALONI (1) en la continuación de sus preciosos estudios acerca del usufructo, de los que sólo muy fragmentariamente me ha sido posible ocuparme. Clasifica PAMPALONI, esquemáticamente, como doctrina absoluta objetiva, la que concede al usuario de cosas naturalmente fructíferas el disfrute de aquella porción de los frutos naturales que necesite para sí y su familia, frente a aquella otra doctrina (objetiva relativa) que se lo reconoce respecto a cosas cuyo uso o no procura beneficios o los procura harto escasos, y a aquella otra (doctrina subjetiva) que también lo admite en cuanto medie un acto de voluntad del constituyente. Entre los partidarios de la primera nos incluye para el Derecho justinianeo a RICCOBONO y a mí; pero sin estudiar las premisas de mi demostración y sin advertir que en la fórmula que propongo y él reproduce («con el uso se confieren cuantas facultades puedan servir para satisfacer las necesidades presentes del usuario»), por un lado se restringe la facultad de emplear la cosa misma como un medio de utilidad, pues sólo se admite con relación a las necesidades existentes en el momento de ejercitar el derecho, y por otro se fija la facultad del usuario sobre los frutos, que no puede tomar en la cantidad que requieran todas las distintas necesidades de su sustentación, pero sí puede recoger en especie y utilizar en cuanto se presten a la satisfacción de sus necesidades presentes, sea cualquiera su naturaleza. Después, y aun admitiendo algunas interpolaciones de las alegadas por RICCOBONO, rechaza la de la ley 12, § 1, con una serie de razones, entre las cuales ocupa el primer lugar la cita del texto de PAULO (2); pero termina, a mi parecer, con una grave contradicción: la de decir que «el derecho de uso encierra la facultad de servirse de la cosa que es su objeto, conforme a su destino económico, pero sin facultad, en general, de apropiarse, consumir o aprovechar sus frutos o productos; y que, por vía de ampliación normal del contenido del uso, el usuario de un fundo puede, para satisfacer sus necesidades y las de su familia, utilizar ciertos frutos de aquel que caen fuera del concepto de renta, con arreglo al juicio corriente de la economía doméstica común». La contradicción existe entre estas afirmaciones y el texto de PAULO; para resolverla habría que pensar que el predio mediocre a

---

la pertenencia de los frutos íntegros y un derecho que envolvía la facultad de disfrute directo.

(1) *Questioni di diritto giustinianeo*, en la *Riv. it. di scienze giur.*, XLIX, 241 y ss.

(2) V., más atrás, p. 821.

que PAULO se refiere es un predio que no produce renta alguna. Me llevaría mucho más lejos de lo que permite la índole del presente trabajo analizar la exposición exegética de PAMPALONI; y la crítica de su construcción dogmática, que apoya sustancialmente en los textos mismos que él y yo hemos tenido presentes, aceptando unas y rechazando otras de las enmiendas propuestas, está contenida en lo que antecede y en lo que ya expuse en el Libro III, capítulo IV, acerca del concepto de rentas y frutos.

Del uso regulado por el Código civil, único que he tomado en consideración en las páginas siguientes, se diferencia vivamente el uso cívico, al cual hube de dedicar un capítulo en el primer volumen. Pero, no obstante el régimen distinto, y la importancia, más distinta aún, que socialmente tienen una y otra institución (1), subsiste la conformidad conceptual entre ambas, porque en el uso cívico prevalece también la idea de instrumentalidad, y lo debemos considerar como una facultad cuyo límite se halla en el fin para que fué concedida, que no es el de procurar lo necesario a la subsistencia, sino el de asegurar la disponibilidad de la tierra a aquél que quiera emplear en ella su trabajo.

384. No se distingue entre nosotros el derecho de uso del de habitación por las singularidades que asumió en la legislación justinianea—la facultad del *habitator* de arrendar la parte de casa que excedía de sus necesidades—, y menos aún por aquella otra del Derecho anterior de no estar sujeta a extinguirse por desuso ni por la *capitis deminutio* del titular (2). Comúnmente se dice (3) que es nominal la distinción, tanto en el Código francés como en el italiano: que se trata de un tipo único de derecho que toma el nombre de habitación cuando su objeto es una casa o parte de ella (4). Pero

(1) Cfr. mi Memoria al VII Congreso jurídico nacional: *Necessità e criteri di una legislazione sugli usi civici per le varie regioni d'Italia.* Roma, 1911.

(2) V. el t. I, n. 41.

(3) DEMOLOMBE, X, 758; AUBRY y RAU, § 237, n. 18; PACIFICI-MAZZONI, n. 595.

(4) Únicamente hay una diferencia formal en el Cód. italiano, pero no en el francés, al señalar el contenido de la habitación, que se expresa en dos artículos (arts. 522, 524; Cód. fr., 632, 633) distintos de los que señalan el contenido del uso de un fundo (art. 521; Cód. fr., art. 630), pero que guardan exacta correspondencia, salvo aquella adición que lleva a apreciar la necesidad de la habitación «según las condiciones» del titular: v. n. 386. Al uso y a la

el *uso* de una casa comprende aprovechamientos distintos de los de la *habitación;* el usuario puede montar en ella el oficio que ejerza y usar los almacenes y tiendas para el comercio propio: la habitación se limita a satisfacer las necesidades del alojamiento y no son admisibles aquellos aprovechamientos cuando sólo se haya concedido el derecho a la habitación (b).

De igual suerte que en el usufructo, el título constitutivo puede regular el uso distintamente a como lo hace la ley (art. 476) (c). Puede ampliarlo y facultar al usuario para cosas peculiares del usufructo (usar del fundo con facultad de vender los productos de la huerta, permiso para arrendar la casa), y permitirle el disfrute en medida mayor de la que requiera la satisfacción de sus necesidades actuales (derecho a cobrar toda la renta que exija el sostenimiento de la familia; a tomar todo el grano que necesiten los obreros de su establecimiento) (1). Y puede, asimismo, restringirlo, pro-

---

habitación es común el precepto (art. 523) que amplía los beneficios de tales derechos a los hijos que nazcan después de comenzar su ejercicio (precepto distinto, y con otra diferencia formal en el Cód. fr., arts. 630 y 632); comunes son las disposiciones acerca de los deberes del usuario y del titular del derecho de habitación (Cód. it., arts. 525, 526 y 527; Cód. fr., arts. 626, 627 y 635); sobre la intransmisibilidad de ambos (Cód. it., art. 528; van por separado pero son idénticas en el Cód. fr., arts. 631 y 634); y sobre la extinción de estos derechos (Cód. it., art. 529; Cód. fr., art. 625, que también habla de su constitución); comunes, por último, son en el Código francés las disposiciones sobre la regulación que al derecho da el título (arts. 628 y 629), trasladadas al Código italiano al comienzo del capítulo y extendidas asimismo al usufructo (art. 476) (a).

(a) [También en el Cód. esp. son comunes al uso y la habitación las disposiciones acerca de las normas legales por que han de regirse (arts. 523 y 528), instransmisibilidad (art. 525), obligaciones del usuario y del habitacionista (art. 527) y extinción de ambos derechos (art. 529). Sólo su respectivo contenido ofrece reglamentación diferente (arts. 524 y 526).]

(b) [En Derecho español no resulta clara esta diferencia que el autor señala entre el uso y la habitación, pues nuestro Código no dice, como el italiano, que «el que tenga derecho de habitación en una casa, podrá *habitar* en ella con su familia» (art. 522), sino que «la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de *ocupar* en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (art. 524, párr. 2.°).]

(c) [Cfr. arts. 470 y 523 del Cód. esp.]

(1) En el derecho de habitación puede la ampliación resultar de señalar simplemente los locales que deba ocupar el usuario.

hibiendo la satisfacción de algunas necesidades (sin derecho a coger flores de las estufas, a vendimiar, a usar los caballos para tiro, a utilizar almacenes o bodegas), o señalando cantidades (facultad de no coger más que cinco quintales de grano, de no ocupar más que cinco habitaciones). Puede reducir, asimismo, las obligaciones impuestas al usuario (exención de fianza, de la carga de reparaciones ordinarias, obligación de participar en la conservación en una cuantía fija e independientemente de la amplitud del goce). Puede, finalmente, agravarlas (obligación de levantar todas las cargas de conservación y de satisfacer todas las contribuciones territoriales).

¿Hasta dónde puede llegar la voluntad privada al regular el uso? Me parece inútil advertir que esta voluntad podrá manifestarse con toda libertad y eficacia cuando se atempere a los requisitos exigidos para la constitución del derecho de uso (1), y asimismo me parece también inútil advertir que aun cuando se desenvuelva dentro del contenido que le está señalado, no puede llegar hasta suprimir las causas necesarias de su extinción (2). No repetiré aquí la demostración, que expuse ampliamente en el tomo primero, de que es carácter común al usufructo y al uso el no contener la atribución de facultades específicas, sino todas aquellas facultades de disfrute que no alteren la sustancia o el destino económico de la cosa, en cuanto al usufructo; y en cuanto al uso, las facultades que, permaneciendo siempre la sustancia, no excedan de la satisfacción de las necesidades actuales del titular; la voluntad particular que no se contentara con modificar los límites negativos asignados al uso, sino que quisiera realizar una atribución específica de facultades sueltas especiales, no triunfaría en su intento, ni lograría constituír un tipo de derecho desconocido en nuestro sistema legislativo, creando única y exclusivamente una relación de carácter personal (3). Corolario de esta tesis es que la restricción voluntaria del uso, como la del usufructo, sólo puede consistir en la exclusión o limitación de ciertas facultades especiales de disfrute. De igual suerte cabe ampliar las obligaciones mismas que la Ley asigna al derecho; la imposición, en cambio, de otras de naturaleza distinta, carece de eficacia real. Si al usuario se le grava con una prestación a favor de terceros, el derecho que ejercite el constituyente o el tercero es un simple derecho de crédito, que concurre con los de los demás acreedores, y que

(1) V. el n. 385.
(2) V. el n. 393.
(3) V. el t. I, nn. 47 y siguientes.

a diferencia de las obligaciones que son inherentes al derecho, no puede ser alegado en perjuicio del derecho intransmisible de uso (1).

La ampliación del uso puede ser tal que lo acerque extraordinariamente al derecho de usufructo y habrá que acudir entonces a la interpretación del título para deducir si lo que ha querido concederse, en vez de un derecho de uso de más amplio contenido que el normal, es un derecho corriente de usufructo o un derecho de usufructo limitado, restringido y designado con el nombre de uso. De cómo se resuelva esta cuestión de hecho depende el que, después, para los extremos no regulados en el título de manera expresa, haya que aplicar el régimen legal de uno u otro tipo de derecho. Desde luego habrá incompatibilidad con la naturaleza del uso si el titular está facultado para arrendar o ceder su derecho (2); y cuando estas facultades le hayan sido expresamente concedidas, no cabe duda de que se está ante la constitución de un derecho de usufructo, modificado accidentalmente. Mas el que no exista una cláusula en el título constitutivo que amplíe el contenido del uso hasta asimilarlo al del usufructo, no basta para reputarla imposible jurídicamente y no puesta en un acto de última voluntad, en razón a que por la íntima afinidad que existe entre ambos tipos de derecho, aunque el concedido haya sido designado arbitrariamente con el nombre de uso y existan algunas de las cláusulas peculiares de éste, no es lícito interpretar la voluntad del constituyente en el sentido de que se otorgó el derecho de uso, y eliminar otras disposiciones que se hallen en oposición con el mismo, si del conjunto del acto puede llegarse a inducir la voluntad de constituír un verdadero usufructo. Lo contrario habría que estimar si se tratara de cláusulas en contradicción, no sólo con la naturaleza del uso, sino con la del mismo usufructo, cual sucedería con la que prohibiese la formación de inventario, o la comprobación del estado de los inmuebles, o la que liberase de la obligación de disfrutar como un buen padre de familia, o de conservar la sustancia de la cosa. En este caso, cabe la posibilidad de inducir que lo que el constituyente ha querido conceder bajo la denominación de uso, es un dominio pleno (3), aun cuando también sea posible inducir que la verdadera voluntad no fué sino la de otorgar un derecho limitado sobre la cosa, y entonces se tienen por

(1) V. el n. 389.

(2) V. el n. 389.

(3) V. el t. I, n. 46; t. II, p. 41.

nulas las cláusulas del acto *mortis causa* que, de cumplirse, invalidarían el derecho de propiedad.

Aplicando además los principios generales acerca de la ilicitud de las condiciones, en los legados de uso deben considerarse no puestas aquellas que supongan un régimen contrario al orden público o a las buenas costumbres, como ocurriría con el derecho de habitación que se legara a una persona, imponiéndole la condición de que lo disfrutase separada de su cónyuge (1).

385. Del concepto que da del uso el artículo 383, se deduce que no puede constituirse, como el usufructo, sobre cualquier clase de bienes muebles e inmuebles (2), sino únicamente sobre aquellos que sean aptos para satisfacer inmediatamente las necesidades actuales del usuario. Por tanto, además de la casa, que atiende a la continua y apremiante exigencia de albergue, pueden ser objeto del uso el fundo, que satisface con sus frutos la urgente necesidad de la alimentación en el momento en que se separan—cosas ambas expresamente indicadas en los artículos 521 y 522 (3)—, los muebles adecuados para montar la casa, los objetos que sirven para vestirse y para otros usos personales, las joyas, los cuadros, las estatuas, las armas, los libros y los instrumentos, herramientas, utensilios y máquinas para el cultivo, bien del fundo mismo legado en uso, bien de otros fundos que sean propiedad del usuario o que lleve en arrendamiento, y que labre él o haga que otros labren por su cuenta (a). El

---

(1) Arg. en ULP., 8, § 1, *de usu*, VII, 8. En cambio, es lícita, indudablemente, la limitación que se imponga al uso de un fundo para satisfacer las necesidades personales del usuario, pero no las de su cónyuge o las de su familia.

(2) Por el contrario, esto es lo que en general afirman PROUDHON, 2.758, y PACIFICI-MAZZONI, 699.

(3) Los textos legales clasifican como cosas inmuebles tanto el uso como la habitación de bienes inmuebles (art. 415), con los efectos consiguientes y naturales de someterlos a la ley territorial (disposiciones preliminares, art. 7), determinar en tal sentido la competencia ante los Tribunales (C. P. c., art. 73), y quedar sujetos igualmente al régimen fiscal de los bienes inmuebles (la renta que percibe el usuario se incluye en la renta que gravan las contribuciones rústica y urbana; no están sometidos al impuesto sobre la riqueza mobiliaria sino cuando se haya, para la constitución del uso, convenido una prestación como pago del uso); finalmente, se exigen, para la constitución del uso por actos *inter vivos*, las solemnidades requeridas para los actos transmisorios de inmuebles: v. el n. 392.

(a) [Supone, entre nosotros, el comentarista SCAEVOLA (pág. 1.138), fun-

uso de los bienes muebles, que prevé implícitamente el artículo 525 al imponer al usuario la obligación de inventariar, no es infrecuente para los muebles y objetos de uso personal; entonces se aproxima al usufructo, pues, a la manera de lo que ocurre en éste, implica la facultad de obtener utilidad aun cuando el servicio que presten cause el deterioro de los mismos; pero queda diferenciado del usufructo porque no puede ser cedido, y el menoscabo que debe tolerar el propietario consiste únicamente en el que se cause en ellos al servirse de los mismos el usuario y su familia con arreglo a sus condiciones y hábitos. La máquinas e instrumentos pueden concederse en uso para objeto distinto del cultivo del fundo sometido al mismo, es decir, para ser usados en la explotación agrícola o industrial del usuario a tenor de lo que resuelven las decisiones de las fuentes citadas en el número 383, que permiten emplear el esfuerzo de los siervos y siervas cedidos en uso en el trabajo del fundo que el usuario tiene en arrendamiento y en sus obras de construcción de edificios o de buques o en su manufactura de lana (1). Lo mismo ocurre con los animales, que el usuario podrá emplear en empresas rurales o industriales, o para su uso personal o en el ejercicio de cualquiera otra actividad, utilizando los caballos de tiro o de silla, o indistintamente, según el destino específico que tengan en la economía del propietario, y los perros para la caza o guardería. Puede constituirse el uso sobre un rebaño (a), cuyo disfrute habrá de regularse con menor severidad que lo hace el Digesto, pues el usuario, además de beneficiarse de los estiércoles y de la cantidad moderada de leche que los textos citados permitíanle ya tomar, disfrutará de la cantidad de lana que pueda destinar a aquellos trabajos domésticos de hilado y tejido que necesite la familia, y los corderos que no sean

dándose en el texto del art. 524, que no son susceptibles de uso las cosas muebles infructíferas. El uso—dice—de una cosa mueble sin percepción de frutos será comodato, no uso, según el art. 1.741. Tal interpretación nos parece muy estrecha, y juzgamos más atinada la de MANRESA (pág. 560), que entiende puede ser objeto de uso todo lo que puede prestar alguna utilidad o servicio, sea mueble o inmueble, como se reconocía en nuestro antiguo Derecho.]

(1) V. también el caso resuelto por el Trib. de Apel. de Catanzaro, 11 septiembre 1902 (*Giostra giudiziaria*, 1902, 49), que ha reconocido la constitución de un derecho de uso sobre una almazara para la molienda de aceituna.

(a) [A diferencia del Código italiano, el español, inspirándose en la ley 21, título 31 de la Partida III, regula el caso especial de uso de un rebaño o piara de ganado. V. el art. 526.]

precisos para sustituír a los animales muertos o inútiles y hagan falta, en cambio, para el consumo de la familia (1).

Tampoco debe negarse de un modo absoluto la posibilidad de que los derechos de obligación sean objeto del uso. ¿Por qué no hemos de reconocer que quien estipuló el arrendamiento de una casa pueda legar el disfrute de la habitación a título de uso? (2) Así el usuario adquirirá una participación en el derecho a la prestación personal del arrendador y la facultad de exigirla para procurarse el disfrute dentro de los límites que marquen sus necesidades. De igual suerte cabe otorgar el uso del arrendamiento de un fundo, para que el usuario recoja la parte de frutos que exija el consumo de su familia; y aun lo mismo cabe decir de otros derechos de obligación que tengan por objeto prestaciones que constituyan el medio específico de satisfacción inmediata; en ellos cabe asignar una participación en forma de uso, limitativa del derecho del titular, y que asocie al usuario junto con el acreedor y frente al deudor (3). *En cambio, ha de rechazarse rotundamente que con la constitución del uso quepa asignar la facultad de obtener un medio genérico de satisfacer necesidades, como lo es el dinero, y la participación en el goce de una prestación cualquiera, de la que no pueda obtener inmediata utilidad el usuario* (4).

Por la misma razón, no pueden ser objeto de uso los derechos de autor y las patentes industriales, ya que éstas y aquél, con la exclusión del disfrute de la obra de arte o del invento, no proporcionan la satisfacción de una necesidad actual, sino el medio genérico de obtener una clase cualquiera de goce; sin embargo, es posible que se conceda con función diversa la participación en una y otra clase

(1) PACIFICI-MAZZONI, 712.

(2) A mí no me parece que la misma cláusula de intransmisibilidad del arrendamiento baste para declarar ineficaz el legado, que implica transmisión *mortis causa* y no cesión. Claro que puede estipularse expresamente la intransmisibilidad; v. p. 611.

(3) Así el uso de un derecho a una prestación anual en especie: v. PROUDHON, 2.780.

(4) Por eso tampoco se explica el uso del dominio directo si no va unido a éste en el título el derecho a una prestación en especie. PROUDHON, 2.757-2.758, habla del uso de un crédito y admite, en forma alternativa, la posibilidad de asimilarlo al usufructo, o la de que discierna la facultad de percibir una parte de los intereses: la cantidad anual proporcionada a las necesidades del usuario. E identifica a un derecho de alimentos el uso sobre frutos civiles en dinero: núm. 2.782.

de derechos. Concíbese la concesión del uso del derecho de autor de una obra teatral hecha al actor o cantante que posea aptitudes para representarla, y el uso de la patente a un industrial que pueda utilizarla en su propia empresa. En el primer caso contendrá una autorización para representar y en el segundo un permiso para fabricar, ambos subordinados a la condición de que, aun disfrutados con la cooperación de otros, obtenga utilidad el usuario de la obra representándola él mismo, y de la patente, empleando el procedimiento o el invento patentado en la fabricación propia de productos.

Lo que es absolutamente impropio para constituír objeto del derecho de uso es la universalidad de un negocio, bien sea industrial o mercantil, en el que no quepa ver la función complementaria de la actividad que el usuario pueda desarrollar personalmente; y por eso jamás puede ser considerada medio de satisfacer la necesidad de ejercitar prácticamente esta actividad. La utilidad que proporciona la vida del establecimiento, es siempre una utilidad genérica: los ingresos varios de la tienda se reducen al denominador del valor que representa la renta anual, y no hay en él cosa alguna que pueda aplicarse a la satisfacción de necesidades determinadas cualitativamente.

Las observaciones anteriores, a más de auxiliarnos para señalar el contenido del derecho de uso en relación con los diversos objetos sobre que está constituído, nos suministran un criterio para apreciar cuándo hay constitución de uso. Esta no existe cuando el objeto sea absolutamente incapaz de uso; porque, o bien la disposición carece de eficacia por representar una voluntad en contrario, vista la incapacidad del objeto para satisfacer necesidades cualitativamente determinadas, aunque se aluda de modo expreso a aquella función precisamente para la cual es incapaz, o es que, en realidad, se trata de una disposición constitutiva de usufructo.

Por eso el legado de uso de una cantidad de dinero se resuelve en un legado de usufructo; y a éste hay que equiparar el uso sobre otros bienes que prestan solamente una utilidad instantánea (1). Claro que éstos atienden a la satisfacción de necesidades determinadas cualitativamente, pero las satisfacen en cuanto que se efectúa su apropiación, porque con ella se convierten, como el dinero, en un capital cuyo valor queda reservado al propietario y en el que el goce resulta del aplazamiento del deber de restituír que proporciona una utilidad genérica, y en manera alguna implica aquella limi-

(1) Así ULP., 5, § 2, *de usu*, VII, 5.

tación propia del uso. Cabe la duda de si la concesión del uso de una determinada cantidad de aquellos bienes que prestan utilidad instantánea y no repetida, aparte del dinero, puede ser interpretada como concesión del derecho a apropiarse únicamente la parte de dichos bienes que requiera el usuario para satisfacer sus actuales necesidades; aquella parte, por ejemplo, de los productos (como granos, vinos, licores, estiércol, etc.), acumulados en la casa cuyo uso se lega «con todo lo que encierre» (arts. 424 y 422) (a) que sea indispensable al consumo en el período anual, que es al que se refiere ordinariamente la actualidad de las necesidades que han de satisfacerse con la renta: de suerte que respecto a los productos apropiables por el usuario, se le coloque en la situación jurídica de un cuasiusufructuario, pero no esté facultado para apropiarse todo lo que se le lega «en uso». En general, es inadmisible esta interpretación; las limitaciones puestas con referencia a la satisfacción de las necesidades actuales, tienden a reservar al propietario lo que exceda de la renta, y los productos acumulados en el momento en que comienza el uso, no constituyen parte de las rentas con que se cuenta durante el uso, y excede de la intención probable del constituyente el que se reserve al propietario, a más del valor del capital en que puedan convertirse esos productos, una parte de las rentas que el mismo daría. Pero si no obliga a ello una gran necesidad, no debe ampliarse, por vía de interpretación, la atribución del uso convirtiéndolo en un usufructo; son susceptibles de uso incluso aquellas cosas que sólo puedan procurar al concesionario escasa o ínfima utilidad, como sucede con los montes (1), de los cuales el usuario podrá tomar algunos productos secundarios, y de la leña, la que necesite para su consumo, así como podrá pasear y cazar; y en cuanto al fundo destinado exclusivamente al cultivo de plantas industriales, cuyos frutos no puede tomar normalmente el usuario (2), siempre se le reserva la facultad de permanecer en él, cazar y recoger algunos productos secundarios.

Los criterios expuestos tienen mayor aplicación aún para interpretar el legado de uso comprensivo de todos los bienes o de todo

(a) [Arts. 347 y 346 del Cód. esp.]

(1) En nuestro Derecho no puede aplicarse la resolución de Adriano, Pomp., 22, *de usu*, VII, 8, que interpreta el legado de uso de un monte como legado de usufructo (lo mismo hace Riccobono, *op. cit.)*, sin ampliar, como he dicho en el t. I, p. 77, el contenido del derecho de uso.

(2) Salvo el caso de uso concedido a quien en la industria o comercio propios pueda utilizar los productos: v. n. siguiente.

el patrimonio. Si cuando se trata de usufructo hay que eliminar de él algunos de los bienes que en dicho patrimonio entran, de igual suerte, y con más motivo, hay que reducir semejante atribución global del uso a aquellos bienes que posean aptitud para satisfacer las necesidades actuales del usufructuario (1).

386. Tanto el artículo 521, que habla del uso de un fundo, como los artículos 522 y 524, que se refieren a una casa habitación, colocan a la par las necesidades del usuario y las de su familia (a). Si bien las necesidades del usuario, como he sostenido, apoyándome en la autoridad del Derecho romano, y como implícita o explícitamente lo reconocen (2) los pocos trabajos doctrinales que en Francia y en nuestro país se han ocupado de esta institución, que no ha tenido aplicaciones, y que raramente ha dado ocasión a controversias judiciales importantes, no son únicamente necesidades de sustentación, sería un error grave comprender en ellas las necesidades referentes a la actividad profesional o industrial de los individuos que componen la familia del usuario. Puede formularse un principio general para determinar las necesidades que el uso se propone satisfacer, refiriendo éstas, más bien que a la persona, a la explotación o negocio, y atendiendo, no al establecimiento profesional o industrial del usuario, que resulte de la coordinación de medios dispuestos para obtener beneficios con el ejercicio de una profesión o de una industria, sino a la *explotación doméstica, al conjunto de medios dispuestos para procurar la convivencia de un grupo de personas.* Se comprende entonces que tanto cuando el usuario tiene esposa e hijos, como cuando carece de ellos, puede considerarse

(1) En algún fallo judicial se ha hablado de un uso de sepulturas. La participación en el derecho a un sepulcro, ya esté situado en fundo privado, ya lo esté en un cementerio (que reviste el carácter de derecho de uso privilegiado sobre cosa pública), no puede servir, como todo lo que implique aprovechamiento de duración indefinida en cuanto al destino de la cosa, de objeto de usufructo ni de uso. Y con justicia ha fallado el T. de Apel. de Casale, 7 de mayo 1902 (*Temi siciliana*, 1903, 164), que aun el usufructuario de una heredad no puede utilizar el panteón existente en la misma para sepultar a nadie, ni siquiera con la reserva de trasladar el cadáver cuando cese el usufructo, porque para hacer posible el usufructo o el uso, habría que comenzar por alterar el destino del sepulcro, convirtiendo en lugar de depósito temporal el que está dedicado a la conservación perpetua de restos humanos.

(a) [V. arts. 524 y 526 del Cód. esp.]

(2) Cfr. PROUDHON, 2.755; DEMOLOMBE, X, 785.

constituída por él dicha empresa, e incluír en el primer caso, entre los elementos de la misma, las personas que destina a vivir con él; y en el segundo, juntamente con la persona del usuario, los miembros de la familia con quienes convive, y aquellas personas que destina igualmente al servicio común; y, consiguientemente, cuando hayan de fijarse las necesidades de la gestión doméstica, habrá que tomar en consideración las necesidades de todas aquellas personas, y no sólo necesidades para su sostenimiento, sino todas aquellas que exijan satisfacción para el fin de convivencia, es decir, cuantas, según la distinta condición social del grupo que convive y la posición, diferente también, respectiva, de los miembros de él, deban satisfacerse para que pueda reputarse asegurada la unión. De esta suerte, el padre usuario puede, indudablemente, aprovechar las cosas objeto del uso para cuanto necesite el ejercicio de aquella actividad que despliega en la órbita de la vida familiar a más del alojamiento y alimentación de los hijos que con él convivan, y hacer que quede a disposición de ellos el jardín para que cuiden de las flores, los caballos para que cabalguen, los perros y las armas para que los empleen en la caza, los automóviles para paseo o excursiones, pero no designarles en la casa locales para que en ellos ejerzan una particular actividad profesional o comercial, o consentirles que usen los animales, los instrumentos y las máquinas para empresas propias de los mismos, como puede hacerlo el padre en las suyas. O los hijos que conviven no son más que cooperadores o servidores del negocio industrial, comercial o profesional del usuario, y utilizando ellos las cosas objeto del uso satisfacen las necesidades de esta empresa dentro de los límites que impone el derecho creado (1), o se trata de una explotación distinta, y entonces sus necesidades no se mezclan con las de la gestión doméstica correspondiente al usuario, a la cual pertenecen los hijos, pero no los negocios correspondientes a éstos.

Al variar su edad y condición pueden variar también las necesidades del usuario. Entre las causas de esta variación, de la que depende el que se amplíen las facultades conferidas al titular, no hay que contar para nada con la posibilidad o imposibilidad de que sobrevenga el medio de encontrar por otro camino satisfacción a sus necesidades. El usuario de una casa puede indudablemente ser due-

(1) En el caso del uso de una almazara indicado en la nota 1 de la página 831, se ha reconocido justamente el uso también de la misma a los colonos del usuario.

ño de habitar en ella aunque posea otras que le brinden mayores comodidades. El de una viña es asimismo libre de tomar de la cosecha lo que necesite para el consumo familiar aunque disfrute de tales rentas que le permitan en cualquier otra parte procurarse el vino. Para señalar la extensión de su disfrute, no tiene necesidad el usuario, como la tiene el alimentista, de probar que se halla necesitado, ni para privarle o limitarle su derecho tiene eficacia que pruebe el propietario que aquél no está necesitado: lo que hay que probar para que el disfrute no exceda de los límites de las atenciones actuales del usuario, son las necesidades particulares que puede satisfacer con el objeto concedido en uso.

Si al usuario no le está permitido aprovechar aquello que al constituirse este derecho no le sea útil de momento, aunque pueda serlo más tarde, porque esto implicaría una ampliación de su disfrute, tampoco se puede admitir que multiplicando con las variaciones dadas al destino de su actividad propia, las propias necesidades, obtenga arbitrariamente una ampliación de lo que pudo prever el constituyente del derecho. Esto se aplica particularmente a las necesidades de aquellas empresas que asuma el usuario; si el constituyente sabía la clase de actividad de éste, hay que pensar que al concederle el uso quiso darle facilidades y suministrarle medios para ella, y no que haya querido exponer al propietario de la cosa legada en uso a una indefinida ampliación de las detracciones sobre la renta, dejando libre al usuario de crearse nuevas necesidades a medida que las cosas adquirieran aptitud para satisfacerlas (1).

Por lo que se refiere, en cambio, a las necesidades de la gestión doméstica, un precepto expreso legal consagra asimismo el prudente principio de su ampliación cuando quiera que acompañe a un cambio de estado del usuario. Aunque éste busque una base económica para la familia que pretende fundar en el uso conferido y que cuando él vivía solo le procuraba posibilidades más limitadas de goce, no por ello rebasa las previsiones que el constituyente pudo tomar en cuenta, ya que expresamente pudo otorgar con restricciones el beneficio legado, concediéndolo únicamente a la persona (2). Tal

---

(1) Este sano principio lo expone la ley 12, § 4, *de usu*, VII, 8, haya sido o no interpolada.

(2) Bien limitando el uso al caso o al tiempo del celibato o de la viudez (v., más atrás, n. 1, pág. 760), bien ordenando que del fundo no pudiera tomarse mayor cantidad de frutos que la necesaria para el consumo personal. La cláusula que prohibiera al usuario dar participación de cualquier utilidad de la cosa

es el significado del precepto contenido en el artículo 523, que para señalar la aplicación del uso y de la habitación a las necesidades de la familia, dice que «están comprendidos en la familia aun los hijos que nazcan después de comenzar a ejercitarse los derechos de uso o de habitación, y aunque la persona no hubiese contraído matrimonio al empezar el disfrute».

Ni aquí ni en otras disposiciones del Código se emplea la palabra *familia* para indicar el grupo de personas entre las cuales median vínculos de afinidad o de sangre, sino aquel grupo de personas que forman un todo por la convivencia en la casa misma y bajo una sola dirección (1) (a). Y se dice *suya*, en relación al usuario, no la familia a que pertenece, sino la que está bajo su mando. Por eso pertenece a su familia la mujer, siempre, claro está, que no se hallen divorciados o separados. Igualmente pertenece a la familia de la mujer usuaria el marido no separado legalmente, aun cuando sea él el cabeza de la misma, porque la mujer comparte, efectivamente, el gobierno de la casa (art. 220) (2): decisión que se apoya en la tra-

---

a las personas con las cuales esté obligado a convivir, con lo cual frustraría el cumplimiento del deber mismo de convivencia, que no es practicable sin la participación en el disfrute, hay que reputarla ilícita y tenerla por no puesta cuando se trate de un acto *mortis causa*. Pero no ocurre lo mismo por lo que se refiere a la medida en que han de apropiarse los frutos. Cfr. también PACIFICI-MAZZONI, 715.

(1) Así en el art. 1.956, que concede prelación a los suministros de alimentos hechos al deudor y su familia; en el art. 332 que autoriza al tutor del incapacitado para dejar de vender los muebles colocados en las habitaciones de la familia; en el art. 222 que concede derecho al padre para alejar al hijo de la familia. En sentido más amplio, en el art. 1.588, que declara responsable al arrendatario del deterioro o pérdidas causadas por las personas de su familia.

(a) [Igual opinión prevalece en la doctrina española. MANRESA dice (página 561) que constituyen la familia del usuario o del que tiene derecho de habitación, para los efectos de participar en el goce de tales derechos, todas las personas, sean o no parientes, que vivan en su compañía y a sus expensas, incluso los criados domésticos, y el alimentista a quien reciba y mantenga en su propia casa, conforme al art. 149. DE BUEN (*Uso*, pág. 567), parte del mismo principio de que hay que atender más bien al hecho de la vida en común que a los vínculos de sangre, pero agrega, atinadamente, que en cada caso, y en vista del título constitutivo del uso, o del modo de su adquisición y de las circunstancias que en él concurran, será de apreciar la extensión de las personas favorecidas por este derecho.]

(2) Y entre otros tiene derecho a impedir la admisión del hijo natural reconocido por el marido.

dición del Derecho romano, que, aun cuando asignaba a la mujer una posición más subordinada, hacía partícipe de los beneficios de un uso a ella concedido, a su marido y a los que estuviesen bajo la potestad de éste (1), y, en cambio, ni el padre, que era formalmente el titular, ni los que se hallaban bajo su potestad, podían gozar del uso concedido al hijo de familia (2). E igualmente forman parte de la familia del usuario los hijos, tanto los legítimos como los adoptivos y los naturales reconocidos (3) si conviven con el beneplácito del cónyuge (a) y, sean menores o mayores, hasta tanto que vivan en casa aparte, hayan o no contraído matrimonio. Aun cuando sea inadmisible ampliar arbitrariamente los beneficios del uso incorporando a la familia los cónyuges y los hijos de los hijos, así como los afines y menos aún los extraños, puede, sin embargo, agregar con tal objeto a la convivencia familiar aquellos parientes y afines que tengan derecho a que el usuario les preste alimentos (4). En cambio, está prohibido que los frutos de la cosa usuada sirvan para satisfacer obligaciones alimenticias fuera de la casa, o que asigne a los alimentistas habitaciones separadas pertenecientes a la casa misma, porque con ello no hay aquella utilización inmediata que es esencial en el uso, sino un aprovechamiento mediante cambio que no está contenido en tal derecho, y se aplicaría a otras personas la utilidad

---

(1) ULP., 6, *h. t.*

(2) ULP., 12, § 5, *h. t.*

(3) PROUDHON, 2.779, niega que se amplíen a éstos los beneficios del uso. En contra: DEMOLOMBE, X, 778; AUBRY y RAU, § 237, n. 6; MARCADÉ, art. 630, I; PACIFICI-MAZZONI, 717.

(a) [MUCIUS SCAEVOLA pone en duda que los hijos ilegítimos (naturales e ilegítimos en sentido estricto) deban considerarse incluídos, en Derecho español, dentro de la *familia*, a los efectos del art. 524. Se funda en que los frutos del uso son de la sociedad de gananciales (arg. arts. 1.403, 1.401, núm. 3.°), y el núm. 5.° del art. 1.408 establece como obligación de la sociedad de gananciales la educación de los hijos legítimos de cada uno de los cónyuges, de donde deduce que no existe tal obligación respecto de los no legítimos. Sin embargo, con poca consecuencia, agrega que por equidad podrán destinarse los frutos a la satisfacción de las necesidades de los hijos no legítimos.]

(4) Lo niegan: PROUDHON, 2.776, 2.778; DEMOLOMBE, X, 779; AUBRY y RAU, § 237, n. 8; PACIFICI-MAZZONI, 719. Lo afirman: DELVINCOURT, I, 373; DUCAURROY, BONNIER y ROUSTAING, II, 237; ZACHARIAE, § 232, n. 6; GENTY, 341 y LAURENT, VII, 110 (b).

(b) [En la doctrina española lo admiten los comentaristas MANRESA y SCAEVOLA.]

obtenida del derecho propio para liberarse así de una obligación y, por consiguiente, se lograría del derecho una utilidad mediata. Hay utilización inmediata cuando el usuario disfruta en unión de los que conviven con él: *neque videbitur aliis concessisse si simul cum ipsis utatur* (1). A los individuos de la familia cuyo número y condición sirve para fijar la amplitud del uso, hay que agregar aquellas otras personas que conviven asimismo con el usuario para prestarle servicios a él y a su familia (2). El texto del artículo 524 permite dar mayor amplitud a las facultades del usuario de una casa, porque a tenor de aquél hay que atender a las necesidades del concesionario «según su condición»; y estas necesidades varían más o menos según las circunstancias en que se encuentre el usuario, y, además, consiente que se tengan en cuenta siempre y en cierta medida la edad, posición social y hábitos del mismo; ahora bien, en tanto que atendiendo a las necesidades más variables, las del alojamiento, se puede llegar, en razón a las condiciones de éste y de las costumbres del país, a procurarle medios para el alojamiento de huéspedes, la mayor amplitud en la percepción de frutos puede resultar justificada con el fin de posibilitarle que reciba algún invitado, aun cuando nunca en la cantidad necesaria para que pueda ejercer el oficio de fondista (3).

387. Para aprovechar la cosa objeto del uso como medio de conseguir las utilidades que le garantiza su concesión, el usuario tiene derecho a que se le entregue aquélla. Con la dicción del art. 521 «no puede recoger *(raccogliere)* los frutos sino en cuanto...» (a), expre-

---

(1) ULP., 12, § 5, *h. t.*

(2) PROUDHON, 2.817.

(3) En el Derecho romano disfrutaban del derecho de habitación, juntamente con el cónyuge, los siervos y los hijos, los libertos y los siervos ajenos adscritos al servicio doméstico, ULP., 4, § 1; los libertos, ULP., 2, § 1; los clientes, PAULO, 3, *h. t.*, y cualquiera a quien deseara hospedar gratuitamente el usuario—prescindiendo de la interpretación en virtud de la cual se le autoriza para recibir a un inquilino mediante precio: ULP., 2, § 1, 4 pr. *h. t.*—; los padres, ULP., 6; los suegros, ULP., 4, § 1, y PAULO, 5; y según la sentencia de JUVENCIO, recogida por ULP., 12, § 1, estaba admitido *etiam cum convivis et hospitibus posse uti.*

(a) [El Código español emplea una dicción poco expresiva: «el uso da derecho a *percibir* de los frutos...» (art. 524). No obstante, creemos es de aplicar a nuestro Derecho la doctrina de VENEZIAN y de los expositores extranjeros acerca del derecho del usuario a tener la posesión de la cosa y gozarla en per-

sión que ha sustituído a la del artículo 630 del Cód. franc. «*ne peut en exiger qu'autant*», desaparece todo pretexto para una duda con que ya hubo de luchar la doctrina francesa (1): la de saber si al reformar radicalmente el régimen legal romano del uso se quiso conferir al usuario la facultad de recibir del propietario una porción de los productos, dejando así reducida la *realidad* del derecho a una función de garantía para asegurar con el valor de la cosa el cumplimiento de la prestación. El usuario necesita ejercitar sobre la cosa una actividad independiente, en tanto que la utilidad que de ella obtenga sea absorbida completamente en la satisfacción de sus actuales necesidades; y cuando haya sobrante debe hacer partícipe de él al propietario (2), aun cuando en condiciones de subordinación, y no de igualdad, cual sucede con la concurrencia del propietario en comunidad de goce con el usufructuario. El derecho de uso, como el de usufructo, están subordinados siempre al derecho de propiedad; pero el disfrute que pueda quedar reservado al propietario en el uso, se supedita siempre al disfrute del usuario, porque si a éste no le corresponde más de lo que pueda satisfacer sus necesidades, le corresponde cuanto pueda directamente satisfacerlas; y dentro de los límites que marque el destino señalado a la cosa, ha de poder también modificar el sistema de disfrute para hacerlo más apto a semejante satisfacción (3). Mas no siempre hemos de reputar contradictoria con la concesión del uso, ni con la del usufructo (4), la disposición del título modificativa del contenido legal del derecho y que niegue la posesión al usuario. Sobre todo, en el caso en que el uso del fundo se haya concedido para que el usuario pueda sólo, o al menos principalmente, disfrutar colectando una parte de los frutos, podrá legársele bajo condición expresa de que quede confiada al propietario la custodia y la administración, y el usuario quedará reducido a exigir de él los frutos que le corresponden, aunque se le reserve la facultad de pedir la posesión si no se le satisface la prestación debida (art. 1.220).

sona. Esta es también la opinión de SCAEVOLA (ps. 1.135 y ss.), fundada, entre otras consideraciones, en la de la analogía reconocida por el Código entre el usufructo y el uso.]

(1) DEMOLOMBE, X, 771; AUBRY y RAU, § 277, n. 13.

(2) V. el n. 390.

(3) En contra, PACIFICI-MAZZONI, 706. En el número 391 diremos cómo se regula la participación del propietario en el goce de la cosa sujeta a uso.

(4) V., más atrás, n. 387.

El derecho del usuario a la posesión puede ejercitarse, como el del usufructuario, mediante la acción confesoria; el precepto que impone al legatario pedir al heredero la posesión de la cosa legada (art. 863) (a), no impide al legatario del uso el dirigir la misma acción contra el tercer posedor cuantas veces el legado le atribuya inmediatamente el derecho real; sólo se le prohibe tomar por sí arbitrariamente la posesión de la cosa legada cuando ni el heredero ni nadie la haya tomado de hecho, y con más motivo cuando de hecho la haya obtenido el heredero. No hay más que aplicar los principios expuestos sobre el usufructo (1) para comprender la relación que media entre las defensas que de sus derechos respectivos puedan hacer usuario y propietario; la autoridad que hayan de disfrutar las sentencias que se dicten en contra o a favor del causante con respecto al titular del uso; la falta de autoridad de las sentencias dictadas en contra o a favor del usuario, respecto al propietario; y la ineficacia respecto al usuario de las proferidas en cuanto al propietario después de constituído el uso. Lo mismo puede decirse en cuanto se refiere a la independencia de los fallos recaídos en punto a las pretensiones relativas al uso o el usufructo, el uso y la propiedad (2).

En cambio, se diferencia perfectamente el régimen del uso del del usufructo en cuanto a la tutela del usuario respecto a aquellos acreedores que hayan inscrito su derecho de hipoteca con anterioridad a la constitución del uso, y de aquellos otros que hayan anotado la separación de patrimonios dentro de los tres meses de abierta la sucesión. El valor del uso, como el del usufructo, forma parte de las garantías que a los acreedores proporciona el fundo, y el propietario, aun cuando con la hipoteca y todo quede en libertad de disponer, enajenar o constituír sobre la finca un derecho enajenable, como lo es el usufructo, no puede alterar la posición jurídica de los acreedores hipotecarios, constituyendo un derecho inalienable, y que, por lo tanto, dichos acreedores no puedan vender o ejecutar su valor; respecto a ellos, es ineficaz, tanto la constitución del uso como la de una servidumbre predial; la acción hipotecaria habrá de dirigirse contra el propietario, no contra el usuario, pues éste posee el fundo en nombre ajeno, no en el propio y como poseedor de un derecho eficaz respecto a los acreedores hipotecarios; y una vez enaje-

(a) [Art. 885 del Cód. esp.]

(1) V., más atrás, nn. 222 a 230.

(2) V., más atrás, nn. 231 y 232.

nado el fundo en concepto de libre, con la venta quedará extinguido el uso. *Extinción*, y no *eliminación*, como cuando se resuelve el título del constituyente, porque al nacer el uso, tenía el dueño la propiedad y la facultad de disposición, siquiera fuese susceptible de ser enervada luego por el ejercicio de la acción hipotecaria; y por eso cabía fundarse en ella para la concesión de las utilidades del fundo al usuario; pero hasta tanto que no fuera alegado el derecho opuesto de los acreedores. En cuanto a la defensa del derecho que el usuario tiene a la posesión, frente al ejecutante sobre bienes inmuebles por débitos de contribución, también son de aplicar los principios expuestos en materia de usufructo (1).

El usuario tiene derecho a obtener la posesión de la cosa objeto del uso con todas sus pertenencias y con las accesiones que durante el uso puedan ampliarla. Para fijar el contenido de este derecho hay que interpretar el título, aplicando los criterios expuestos en el número 385 acerca de la idoneidad de las diferentes clases de bienes para ser objeto de este derecho; si una parte de la cosa legada en uso es susceptible de posesión separada y no está incluída en dicho derecho, como sucede con las canteras y minas existentes y capaces de laboreo en un fundo (2), sólo podrá pedirse la posesión de las partes restantes. Con la facultad de aprovecharse de las accesiones que exijan compensación, el usuario asume el deber de contribuír a la obligación de satisfacer ésta. En el uso, como en el usufructo, cuando la propiedad se transforma, persiste el derecho del usuario y puede obtener de la cosa transformada las distintas utilidades de que sea susceptible. De igual suerte que en el usufructo, si el objeto del uso padece deterioro y éste es imputable a otro sujeto, que de ello deba responder, el usuario tiene derecho a exigir de él el resarcimiento de daños (3); la destrucción del objeto con el cual se extingue el uso, también da derecho al usuario para exigir que se le indemnice. En la expropiación por razón de utilidad pública del objeto del uso, no se da, como en el usufructo, un traspaso del derecho sobre la indemnización que entrega el expropiante: el

(1) Número 252.

(2) Salvo aquí también la posible utilización parcial de las canteras para las necesidades de la explotación agrícola o industrial del usuario.

(3) El uso no es un derecho patrimonial en sentido estricto (v. *supra* la página 609; además, *infra* el n. 389); pero es un daño resarcible la violación de derechos no patrimoniales cuya infracción prive de la utilidad económica que el derecho hubiera procurado.

usuario sólo tiene derecho a exigir por la privación sufrida una parte de aquélla, si no se le reconoce una renta fija en virtud de acuerdo con el propietario. Y en este caso, como en los demás de privación del uso, así como cuando la plena propiedad de la cosa usuada se enajena con el consentimiento del usuario, hay que evaluar el uso, de igual suerte que cuando en relación a un legado o a una donación de uso, se necesita señalar la parte libre o colacionar o imputar el legado (1); para esta valoración deben aplicarse los criterios expuestos respecto al usufructo (2), tomando, como primer elemento, en vez de la renta de la cosa, el promedio de renta que posiblemente había de bastar durante el uso para hacer frente a las necesidades del usuario.

Con la posesión de la cosa puede adquirirse la posesión del derecho de uso, que está dotado de la misma protección que ya dijimos en el usufructo (3), y proporciona la esperanza de llegar con el tiempo a obtener su pertenencia jurídica (4), pues con el tiempo procura al constituyente del derecho de uso la propiedad de que carece (5).

El disfrute del usuario está limitado, primeramente por lo que constituye el goce del usufructuario, o sea la conservación del destino específico de la cosa (6); una segunda limitación consiste en la capacidad de la cosa para satisfacer sus necesidades actuales. La actualidad de las necesidades, en cuanto se refiere a la apropiación de los frutos, hay que valorarla conforme a la decisión romana ya citada (7), en relación a aquel período anual que marca el ritmo de toda actividad económica. El usuario puede consumir este año en su hacienda doméstica, tanto de grano, tanto de aceite, tanto de vino; pues bien, puede apropiarse otro tanto de estas diferentes especies de frutos (8). Imposible admitir la construcción de que con el consumo se adquieran los frutos; es incongruencia hacer coincidir el instante de la adquisición de la propiedad con el instante del consumo, en el que cesa la propiedad por la destrucción de la cosa; y

(1) V. el n. 366.
(2) V. el n. 366, ya citado.
(3) L. III, c. III, § 3.
(4) V. el n. 392 *in fine*.
(5) V. el n. 263.
(6) L. III, c. IV, § 2.
(7) Paulo, 15 pr., *de us.*, VII, 8.
(8) Proudhon, 2.770 y ss.

no hay texto en el Código ni apoyo alguno en la tradición para reputar adquirida la propiedad de los frutos con la percepción sujetándola a la condición de que sean consumidos; tanto el Código como los textos romanos atribuyen al usuario la facultad de recoger los frutos (1) en la cantidad precisa para sus necesidades (2).

Cuanto tiene derecho a recoger conforme a sus necesidades, tal cual resulta determinado en el momento de la cosecha, lo hace suyo al recogerla; con tanto más motivo cuanto que el propietario, una vez acreditada la existencia de la necesidad que justifica que se le prive de todo o parte de los productos, no tiene interés alguno en asegurarse del logro del fin que se perseguía con la percepción de los frutos; y no se concibe cómo podría tampoco impedir la desviación de los frutos de aquel objeto, sin una intolerable intrusión en el desenvolvimiento de la vida del usuario. Este, con la recogida de los frutos, se adueña de ellos mediante el acto voluntario de la percepción; ni hay texto alguno del Código en que fundarlo, ni existe tampoco razón para trasladar aquí la nueva regulación dada al usufructo, y admitir el principio (3) de que con la separación es cuando aquéllos se adquieren, independientemente de todo acto de voluntad del usuario. Si en el Derecho romano se mantuvo el principio opuesto, como ha llegado a decirse, cuando el usufructo desempeñaba aquella función alimenticia que sin agotar el contenido del uso continúa informándolo, y si las necesidades que dan la medida de dicho uso son susceptibles de valoración objetiva, debe reconocerse de todos modos el influjo de la voluntad del titular en el señalamiento de las necesidades mismas y de los medios de satisfacerlas. Cuando no los percibe el usuario, y ello ocurre sin que lo impida alguien responsable, ningún derecho transmite a sus herederos (4). Realizada la percepción, quedan los frutos adquiridos en el patrimonio del usuario, y así como él puede emplearlos en cosas distintas de la satisfacción de sus necesidades, de igual suerte pueden embargarlos sus acreedores (5); y no a virtud de una interpretación de equidad (6), sino en estricto Derecho, debe rechazarse que tenga obligación personal de restituír el usua-

(1) *Capere:* PAULO, 15 pr. cit.; *sumere:* ULP., 12, § 1, *eod.*
(2) *Quod ad victum sibi suisque sufficit:* ULP., cit.
(3) Sobre esto, v. el n. 309.
(4) Cfr. PAULO, 13, *Quib. mod.*, VII, 4.
(5) V. el n. 389.
(6) Así PACIFICI-MAZZONI, 709; DEMOLOMBE, X, 774; DURANTON, V, 26.

rio aquella parte de frutos no consumidos, si muere después de haberlos percibido y antes de consumirlos.

En cambio, el uso no implica el derecho a exigir prestaciones pecuniarias adeudadas en sustitución del goce de la cosa o a causa del derecho que constituya el objeto del uso. Es éste un principio generalmente admitido y están injustificadas las excepciones que quieren sentar algunos escritores: únicamente cuando con anterioridad a la constitución del uso se haya transmitido la propiedad de los frutos mediante un arrendamiento que tenga obligación de respetar el usuario, podrá éste, en razón al obstáculo que encuentra para percibirlos, exigir que le indemnice el propietario; pero sin subentrar en la relación arrendaticia, como el usufructuario, y cuando no obtenga del titular de la propiedad el equivalente de los frutos que requiera para sus necesidades, podrá, como otro acreedor cualquiera, ejercitar su derecho contra el arrendatario (1).

388. Para señalar las obligaciones del usuario se aplica íntegramente el régimen del usufructo, debiendo entenderse que en la atribución de facultades más restringidas que en éste, va comprendido el deber de conservar la sustancia, límite común a uno y otro derecho, y que al usuario se le niega derecho a compensación por las mejoras (2). El artículo 525 impone al usuario expresamente las obligaciones de inventario y fianza (a) previamente a la toma de posesión (3), con una sola diferencia; la facultad conferida al Juez para «dispensar la obligación de afianzar según las circunstancias», adición introducida en nuestro Código muy oportunamente, porque, como ya hemos visto, al usufructuario que no presta fianza se le permite ocupar una casa para habitarla, así como tomar los muebles necesarios para su uso, sin afianzar bajo juramento como exige el Cód. francés. Esta exención, muy explicable, es debida no sólo a la seguridad que inspira la persona del usufructuario, y que es bastante, una vez negada la posibilidad de que le sustituya otro en el goce, para garan-

---

(1) Así PACIFICI-MAZZONI, 710; v. Apel. Palermo, 5 marzo 1886 *(Circolo giuridico*, 1886, 138).

(2) Sobre todo esto, v. el l. III, c. IV, § 2.

(a) [El Cód. esp. no habla de ellas; pero, al no exceptuar de dichas garantías al usuario, se sobreentiende que afectan a éste igualmente que al usufructuario, dada la norma general del artículo 528. V., sin embargo, las consideraciones de SCAEVOLA a este respecto (ps. 1.161 y ss).]

(3) Acerca del particular, v. el l. III, caps. I y II.

tizar los derechos del propietario, sino también a la posibilidad de que actúe éste para recoger el excedente de las rentas cuando surja el desnivel debido a la concurrencia entre la potencialidad reditual del objeto, y la capacidad de disfrute del usuario; a la cual actividad va unido, como dije en el número anterior, el derecho del propietario a custodiar por sí mismo y vigilar de esta suerte la conducta de aquél. Si no se le concede dispensa, se aplican con relación a aquellos de los objetos del usufructo sobre los cuales cabe constituír el derecho de uso, los principios acerca de los sustitutivos de la fianza en materia de usufructo, entre los cuales, tanto para el usufructuario como con mayor razón para el usuario, se debe confiar la administración de los fundos al propietario, quien adquiere la posesión en nombre del usuario (1), si a éste corresponden íntegramente los productos; en parte en nombre del usuario, y en parte en nombre propio, si no corresponde a aquél más que una parte en razón a sus necesidades. Por consiguiente, será esto un sustitutivo más conforme al carácter del uso que no el arrendamiento y la sustitución del goce de los frutos en especie por la entrega de una suma, que no debe imponerse (2) salvo en caso necesario; si bien constituye una medida en que usuario y propietario pueden encontrar conciliados sus intereses opuestos, y un camino para evitar la complicación de relaciones que motiva la existencia del uso.

También está obligado expresamente el usuario a disfrutar como un buen padre de familia (art. 526), obligación que comprende la limitación del goce y el deber de custodia, y juntamente con ellos, el de contribuír a los gastos de conservación y a las cargas de la cosa (art. 527) (a) (3). Su participación en éstos se diferencia de la del usufructuario, en que cuando el usuario solamente recoge una parte de los frutos, o no ocupa más que una parte de la casa, debe contribuír nada más que «proporcionalmente a lo que disfruta». En este precepto, idéntico al del Cód. francés (b), ven una anoma-

(1) V. p. 74.

(2) PROUDHON, 2.789, cree normal la sustitución.

(a) [Igual art. del Cód. esp.]

(3) Sobre esto, v. los caps. V y VI del l. III.

(b) [El Código español se separa del criterio de los Códigos francés e italiano, pues inspirándose en el precedente de una ley de Partidas (22, tít. XXXI, Partida 3.ª), dispone (art. 527) que si el usuario sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, únicamente deberá suplir lo que falte al propietario para cubrir los gastos y las cargas con la porción de frutos sobrantes.]

lía PROUDHON y GENTY; éste porque dice que con él se perturba el buen orden del principio que asigna los frutos al usuario en cantidad bastante a sus necesidades y las de su familia, ya que lo que en efecto reciba queda disminuído en la parte de gastos que resultan a su cargo (1); aquél, limitando la aplicación a las relaciones entre propietario y usuario, trata de desechar la pretendida anomalía, y limita la aplicación al caso de que se haya dejado al disfrute exclusivo del usuario una parte del fundo. Es evidente en tal caso que las cargas del usuario se fijan en relación con la parte que se le ha asignado; si hay, en cambio, promiscuidad de goce, opina PROUDHON que conviene apartarse del precepto indicado y asegurar que la proporción se establece con la participación verdad en la renta líquida (2). De suerte que si se trata de una viña que produce 45 hectolitros de vino, la familia necesita para su consumo 15, y la totalidad de gastos y cargas equivale al precio de 12 hectolitros, no debe contribuír el usuario en razón a un tercio y recibir, por lo tanto, 11 hectolitros para su consumo, sino que se deducirá el valor de los 12 que exigen los gastos; y de los 33 que restan, el usuario tomará los 15 que necesita. Pero en este sistema hay dos riesgos: o se considera la deducción de 12 hectolitros como hecha de antemano y por cuenta juntamente de usuario y propietario para satisfacer las obligaciones que corresponden a entrambos, y entonces hay que reconocer que el usuario toma de la renta más de lo que destina inmediatamente a su consumo, utilizando por vía de cambio una parte de los frutos que cede para librarse de una obligación; o la deducción hecha por cuenta de ambos no se estima así y se quebranta el principio del artículo 527, exceptuando en realidad al usuario de la obligación de contribuír. PROUDHON, por lo demás, si bien al régimen del uso y de la habitación es común el artículo 635 del Cód. francés, se abstiene de dar una solución análoga al caso del derecho de habitación, con respecto al cual reconoce (3) que en proporción del valor que tengan las habitaciones que se conceden al titular como bastantes a las necesidades suyas y de su familia, y proporcionalmente al valor de las mismas, está obligado a todos los gastos de reparación y a todas las cargas (4), sin caer en la

(1) *Usufruit*, 345.

(2) PROUDHON, 2.791-2.794; DUCAURROY, BONNIER y ROUSTAING, II, 241.

(3) Nn. 2.823, 2.824.

(4) El usuario que ocupa un piso o algunas habitaciones de la casa, está

cuenta de que el usuario debe obtener los medios para el cumplimiento de las obligaciones que le incumben del valor del goce que se le ha señalado. La doctrina que ha prevalecido mucho tiempo (1) nos dice, precisamente, que las cargas se distribuyen en razón de la *renta bruta;* representan el coste del servicio que procuran al usuario el uso y la habitación. Nace la teoría de PROUDHON de confundir la función que desempeña el uso con la que realiza la pensión alimenticia; si se ha de lograr el fin de asegurar la subsistencia del usuario y de su familia, no puede, indudablemente, subordinarse la asignación de los frutos al cumplimiento de una obligación que le exige distraer una parte de lo que ha de dedicar a la propia subsistencia; pero tampoco debería limitarse la adjudicación a los frutos que ha de consumir, y habría que autorizarle a tomar de las distintas clases de frutos todos aquellos que mediante el cambio le pudieran procurar medios de satisfacer aquella necesidad.

Las obligaciones del usuario, como las del usufructuario, son obligaciones para con el dueño e inherentes al derecho limitativo de la propiedad; por lo cual, al exigir el propietario su cumplimiento, no queda expuesto a concurrir con los demás acreedores del usuario, sino que a virtud de que son inherentes al uso, disfruta él de una situación privilegiada; no por ello se ha de creer, sin embargo, que no reza con el dueño el principio de la intransmisibilidad del uso; y que si el usuario incumple sus obligaciones, puede el propietario, a fin de hacerse pago, vender el derecho de uso o enajenar el fundo como libre (2). A diferencia de los demás acreedores

---

obligado a contribuír a las reparaciones ordinarias de toda la casa en la proporción indicada, y a ellas no puede sustraerse porque ofrezca atender únicamente a las ordinarias del piso o de las habitaciones suyas, como opinan AUBRY y RAU, § 237, ad n. 20. El usuario está obligado, además, a cuantas reparaciones de conservación modesta necesite la parte de casa que le está asignada.

(1) DUVERGIER ap. TOULLIER, II, 460, n. 1; DEMANTE, *Cours*, II, 470 *bis;* DEMOLOMBE, X, 800-801; LAURENT, VII, 129; AUBRY y RAU, § 238, n. 15; PACIFICI-MAZZONI, 725. La mayoría de los escritores indicados hacen una excepción de la simiente. LAURENT la combate; pero puede justificarse si se tiene en cuenta que tomándola de los frutos no se atiende con ella por vía de cambio a los gastos de siembra, sino que hay un empleo directo de los productos recogidos en la preparación de productos por venir que forma parte de las necesidades del usuario; y lo mismo puede decirse de aquellas otras clases de frutos (paja, hojas, etc.) que se emplean directamente en el cultivo.

(2) Así lo ha admitido un notable fallo del Trib. de Apel. de Aix, 4 febrero 1853 *(Dalloz pér.*, 1854, 5, 696).

del usuario (1), el propietario puede desde luego embargar los frutos antes de ser separados y pedir el secuestro de la cosa dada en uso para adueñarse completamente de los productos correspondientes al usuario hasta cubrir su crédito. Hay en esto, indudablemente, un ejercicio del derecho de uso por parte del propietario-acreedor: al sustituír éste al usuario, desaparece el obstáculo único que el derecho de uso significaría para las facultades del propietario de hacer suyos los frutos y obtener la posesión de la cosa.

389. Los derechos de uso y habitación, son, por su naturaleza, imposibles de transmitir; no es sólo que lo prohiba el art. 528 (a) de nuestro Código civil (2); la imposibilidad arranca, no de que haya obstáculo a la transmisión de un derecho cuya utilidad económica está indicada por la aptitud de la cosa para satisfacer directamente las necesidades del cedente, sino porque con la cesión se frustra la finalidad misma de esa atribución, que es asegurar al usuario la satisfacción directa de sus necesidades. Tanto cabe decir esto de la cesión gratuita como de la hecha mediante precio, porque aquélla implicaría la renuncia del usuario a la satisfacción que le ha querido procurar el que lo constituyó; y la segunda entrañaría la obtención de un equivalente; y lo mismo es imposible el arrendamiento o la asunción de la obligación personal de asegurar mediante una contraprestación (3) el goce que se había reservado al usua-

(1) V. el n. siguiente.

(a) [Art. 525 del Cód. esp.]

(2) LAURENT, VII, 113, cree, en cambio, que se trata de una prohibición creada por el Derecho positivo y cuyo fundamento no se le alcanza, porque en la referencia a las necesidades del usuario no ve más que un medio de fijar cuantitativamente la utilidad que puede obtener el usuario de la cosa; v. el número 390.

(3) PROUDHON, 2.766 y ss., opina que el arrendamiento no está prohibido, a lo menos cuando se trata de un uso que absorbe el producto íntegro de la cosa o de la parte de ella que se le haya asignado para consumirlo (v. el n. 391); pero lo supone motivado por la derogación—que puede hacerse en el título constitutivo—del precepto legal del art. 631 del Cód. franc., pudiendo sobreentenderlo en virtud, simplemente, de la idea que el disponente tuviera de que el usuario no se hallaba en condiciones de disfrutar sino arrendando. Cfr. VOET, *ad Pandect., de usu et hab.*, n. 4. V. el final de este número.—LAURENT, VII, 117, distingue entre el arrendamiento del derecho—considerándolo prohibido por la ley—y el arrendamiento de la cosa sujeta al derecho, arriendo que no está prohibido. La distinción es cierta, pero produce consecuencias distintas de las

rio. La legislación justinianea, que hubo de autorizar el arrendamiento al *habitator* (a) para que el hombre modesto que quisiera recogerse en una pequeña parte de la amplia casa cuyo uso se le había legado, encontrase una compensación a su renuncia a disfrutar del resto (1), desnaturalizó el uso de la habitación identificándolo sustancialmente con el usufructo de la casa habitable. Nuestro Derecho marca, en esto como en otros extremos, la vuelta al rigor de los principios más conformes con la interpretación de la voluntad que presidió a la constitución del uso. Lo que excede de la capacidad de goce del usuario, debe reservarse al propietario de la cosa; si en el régimen de relaciones entre propietario y usuario (2) y al medir la amplitud de goce que se asigna al segundo en razón de su capacidad, se le procura mayor posibilidad de goce de aquella de que quiere disfrutar, su moderación no le da derecho a obtener beneficios de índole diversa y que el constituyente no quiso concederle.

Por lo demás, el rigor de los principios no llega a impedir que al desenvolver su actividad sobre la cosa para procurarse la utilidad que le corresponde, pueda pedir el usuario el concurso del trabajo ajeno; no se le limita, como al que disfruta de los usos cívicos, el empleo de la cosa como medio para el trabajo propio; el usuario de un fundo puede entregarlo a otro para que lo cultive, el de un carruaje confiarlo a otro para que lo guíe; por lo tanto, no sólo el usuario que conserva en sus manos la empresa productiva a que la cosa se presta, puede aportar a ella el trabajo ajeno, sino que, además, puede también dar participación en la empresa a otro, entregando el fundo en aparcería, opinión apoyada en la letra de la ley,

---

que cree LAURENT. El arrendamiento del derecho es imposible por la naturaleza de éste, o—como quiere LAURENT—porque está prohibido por el Derecho positivo. El arrendamiento de la cosa, en oposición al arrendamiento del derecho de uso, representa un *quid plus*, porque tiende a asegurar, no sólo el goce correspondiente al usuario, sino el disfrute pleno de que sea susceptible la cosa con arreglo a su destino; lo mismo que en el arrendamiento del derecho, se convierte aquí el arrendatario en un representante del usuario en la posesión, y puede estorbar o destruír la eficacia del acto el propietario con más motivo que en el arrendamiento del derecho; por lo demás, entre las partes no surte más efectos que los de un arrendamiento de cosa ajena.

(a) [También nuestro antiguo Derecho (ley 27, tít. XXXI, Partida 3.ª) permitía al que disfrutaba el derecho de habitación, arrendar la morada a hombres o mujeres de buena vecindad.]

(1) ULP., 4, *de usu*, VII, 8; v. *supra*, p. 820.

(2) V. el n. 391.

que prohibe el arrendamiento, pero no aquella locación, en general, en que está incluída la aparcería, ya que en ésta el arrendador participa en la empresa y obtiene frutos en especie, no un equivalente.

Son nulos la cesión y el alquiler del uso, e ineficaz toda voluntad encaminada a constituír una relación que la ley declara imposible. Puede decretarse la nulidad en cualquier tiempo, tanto a instancia del cesionario como del cedente, salvo la obligación por parte de éste de restituír el precio que se le haya pagado. Si el uso se cedió como usufructo, puede ir acompañada la nulidad de una responsabilidad mayor a cargo del cedente por las esperanzas que haya suscitado. El arrendamiento de la cosa sujeta al uso es, en cambio, válido en cuanto lo es el arrendamiento de la cosa ajena, y engendra obligaciones recíprocas entre los contratantes; pero el propietario podrá oponerse siempre al goce, tanto del cesionario como del arrendatario del derecho o de la cosa, reivindicar la posesión de la misma y obligar a que se le restituyan los frutos que no haya recogido el usuario conforme a su derecho (1).

Si la cesión voluntaria es imposible, porque lo es separar el uso de la persona del usuario, imposible es, asimismo, que ejerciten el uso sus acreedores, e imposible también el secuestro y el embargo de los frutos que el usuario ha de percibir en razón al derecho que le asiste (2). Después de percibir los frutos, y conforme a la construcción expuesta, los recogidos vienen a ser propiedad del usuario, y tiene éste derecho a desviarlos del destino para que los recogió, por lo cual, sus acreedores, desde este momento, tienen el de embargarlos y enajenarlos (3).

---

(1) Pero no puede exigir por eso sólo que se tenga al usuario por decaído de su derecho: Apel. Génova, 18 julio 1874 (*Giur. it.*, 1874, 704); Apel. Palermo, 5 marzo 1886 (*Circ. giur.*, 1886, 138).

(2) PROUDHON, 2.795; DURANTON, V, 23, 46; DEMANTE, II, 477 bis; DEMOLOMBE, X, 736, 789; LAURENT, VII, 113, 114, 117; AUBRY y RAU, § 237, n. 10. No hay que distinguir entre uso constituído a título gratuito y oneroso. Es extraña a la cuestión la posibilidad, indiscutible, de que se revoque la venta que haya hecho el deudor en fraude de los acreedores para obtener a cambio el derecho de uso.

(3) Salvas las limitaciones señaladas en los números 3.° y 4.° del art. 586 del C. P. c.—AUBRY y RAU, § 737, n. 12, quieren aplicar al embargo de los frutos recogidos en virtud de un derecho de uso constituído a título gratuito, la limitación relativa al embargo de las pensiones alimenticias. LAURENT, VII, 116, niega que lo dispuesto en el número 4.° del art. 581 del C. P. c. francés, a cuyo tenor son inembargables las cantidades y pensiones alimenticias, aun

¿Puede el título constitutivo hacer transmisible el uso? Hay una fuerte corriente en la doctrina que así lo reconoce (1); pero de las consideraciones expuestas aparece claro que la intransmisibilidad es de esencia en el uso y el que el título disponga lo contrario carece de eficacia para crear un uso transmisible; podrá, sí, crear un derecho distinto del de uso: un usufructo, modificable posiblemente en cuanto a su extensión de tal suerte que se aproxime al uso sin identificarse con él y que quedará sujeto, en todo lo no regulado por el título, al régimen verdadero y propio del usufructo (2).

390. Afirma un conocido texto de PAULO (3) la imposibilidad del legado de uso parcial y la afirma con igual terminante resolución que en otra parte (4) se afirma la imposibilidad del legado parcial, no de una servidumbre predial en general, sino de la *de via*. El

---

cuando no las haya declarado tales el testador o donante, sea aplicable a los frutos recogidos por virtud del derecho de uso. En cambio, reconoce que la declaración expresa del testador puede sustraer todos los frutos al secuestro y al embargo. Me parece dudosa la eficacia de esta cláusula, aun respecto al art. 581 del Cód. pr. francés, que considera exentas de traba las cantidades y cosas que el testador o donante declare inembargables, porque semejantes declaraciones pueden referirse a créditos y objetos transmitidos, y los frutos percibidos por el usuario no los transmite la persona que constituyó el uso. En nuestro Código procesal no existe disposición análoga, ni puede ampliarse a voluntad del particular la inembargabilidad, reconocida únicamente por la ley a los créditos de alimentos.

(1) DURANTON, V, 24; PACIFICI-MAZZONI, 700; ofrece dudas a DEMOLOMBE, X, 768, que, por lo demás, se pronuncia a favor de la autorización para arrendar. En contra: TOULLIER, II, 346 (a).

(a) [En nuestra patria, MANRESA (pág. 525) y VALVERDE (pág. 484 de la tercera edic.), suponen que el precepto del Código es sin perjuicio de lo que en contrario puede establecerse en el título constitutivo del uso o de la habitación. DE BUEN (*Uso*, en la *Enciclopedia Jurídica Española*), sin oponerse rotundamente a este punto de vista tan generalizado, observa que los términos en que está redactado el núm. 3.º del art. 108 de la ley Hip. (que dispone no se podrán hipotecar el uso ni la habitación) hacen pensar que, al menos en el pensamiento de los autores de la misma, el uso era inalienable en todo caso y sin distingos.]

(2) Lo mismo puede decirse respecto a la autorización explícita o implícita del arrendamiento del uso, siquiera la última no pueda inducirse con tanta facilidad como lo hacen varios escritores.

(3) L. 19, *de us.*, VII, 8.

(4) MOD., 11, *de serv.*, VIII, 1.

fin que se propone ésta, que es asegurar el paso desde el propio fundo hasta un lugar determinado, no puede lograrse por partes. De igual suerte no es susceptible tampoco de lograrse en parte la finalidad del uso: la atribución del disfrute de que uno es capaz. Si la relación de la cosa con la satisfacción inmediata de las necesidades del usuario pudiera y debiera servir para señalar el *quantum* de utilidad que se le autoriza para obtener, se concebiría modificar la atribución del poder sobre la cosa y limitarlo a obtener parte de esta utilidad: tú puedes usar para habitar diez, doce cuartos, emplear quince o veinte hectolitros de grano para el consumo de la familia; pues bien, te lego el derecho a utilizar la mitad (1). Pero no es esto; con la facultad de obtener un tanto de utilidad, no se agota el fin de la concesión, el fin de asegurar el goce dentro de los límites de la capacidad del usuario. Si por vía indirecta se quisiese llegar nada más que a fijarlo cuantitativamente, habría que dejar el *quantum* de utilidad así determinado a disposición del concesionario, a quien está prohibido, absolutamente, sin embargo, cederla y procurarse en sustitución de ella un precio para guardarlo o invertirlo en distinta época y en otra forma de goce. Por eso (2) la asignación de una parte de uso encierra una contradicción y carece de eficacia como expresión que es de una voluntad incierta (3).

Creo que esa reconocida indivisibilidad proporciona un nuevo argumento en favor del concepto de uso que he propugnado y un

(1) Como se comprende el legado de pastos para la mitad de los animales que se crían en un fundo; v. p. 731, n. 1.

(2) Y solamente por eso, aun cuando fuese posible, sin referirla al cambio, la determinación cuantitativa de la utilidad que procura el uso, como en los ejemplos expuestos, la asignación de una parte de esta actividad no lograría el fin de asegurar el goce de cuanto sirva a la satisfacción de las necesidades del usuario, es decir, el disfrute en los límites de su capacidad. Con mayor motivo es inconcebible la atribución de una parte de uso, si ese señalamiento cuantitativo de aquella actividad no puede hacerse más que refiriéndose al cambio: dejo el usufructo de mis muebles; el *cuánto* de utilidad lo representa el precio que otro estaría dispuesto a pagar por disfrutar de los muebles durante aquel tiempo; la mitad del usufructo comprende el derecho a adueñarse de la mitad de aquel precio. Es incierto el *quantum* de utilidad que proporciona el uso de los muebles; y si se buscase en forma análoga la certidumbre, pensando en el precio que uno podría pagar para conseguirlo, no podría darse a la atribución de parte del uso el contenido de una facultad eventual de disponer de una parte de aquel precio.

(3) Arg. en MOD., 11 cit., *in fine*.

argumento contra la tesis de que el Derecho romano daba como contenido suyo la facultad de emplear ilimitada y libremente la cosa como medio de utilidad, y negaba derecho a apropiarse cualquiera parte de las frutos de la misma. Si el uso de un caballo o de un esclavo hubiera implicado el derecho a utilizar libremente la fuerza del hombre o del animal, no es comprensible por qué no habría de reconocerse la atribución de una parte de esta fuerza de trabajo. Si el caballo puede suministrar ocho horas de trabajo diarias, la mitad del uso debiera significar la facultad de servirse diariamente de él durante cuatro horas (1); y otro argumento surge también contra el corolario de esta tesis, que da al usufructo el carácter de una suma de dos derechos distintos: *usus* y *fructus*. Si el *usus* es indivisible, o por necesidad lógica o en virtud de disposición legal, y el *fructus* es divisible, necesariamente debiera ser indivisible la suma de ambos derechos.

De la indivisibilidad del uso derívase, además de la nulidad de las disposiciones que concedan una parte de él, la imposible extinción del mismo por partes alícuotas y la indivisibilidad igualmente de la obligación que tenga por objeto la prestación del derecho de uso. En el caso de que el usuario adquiera la copropiedad de la cosa usuada, no por ello hay consolidación, sino que conserva su derecho de uso, que vendrá en parte a ser un derecho sobre la cosa propia, y que perdurará aunque pierda la propiedad más tarde (2). Si se lega el uso de cosa ajena (3), cada uno de los gravados queda obligado a prestarlo íntegramente, a reserva de su derecho a reclamar a los coobligados para que contribuyan.

---

(1) RÜMELIN, *Theilung d. Rechte*, § 11, que arranca de esa tesis, dice que sólo cuando el uso simultáneo de varias personas no estorba a aquel otro que puede ejercitar una sola (esta figura se da en el uso de cosas públicas: los baños, el pórtico, la plaza de armas, el camino: ULP., 5, § 15, *Comm. vel contra*, XIII, 6; pero halla otras aplicaciones también a cosas privadas, como el uso del fundo para pasear), ha de considerarse lógicamente necesaria la indivisibilidad del uso; en cambio, en otros supuestos, uso de una casa, de un esclavo, de un animal, de una máquina, en que el uso de uno priva o limita el que puedan hacer otros, se concibe la asignación de parte de uso; y si esto no es admisible, depende de un precepto de Derecho positivo, del cual renuncia a darnos explicación.

(2) Arg. en PAULO, 8, § 1, *de serv.*, VIII, 1; 30, *de serv. pr. urb.*, VIII, 2; v. la nota 2 de la p. 636.

(3) Es hoy el caso prácticamente más importante de constitución de un derecho de crédito a la prestación del uso.

Supuesta la divisibilidad del usufructo, son términos perfectamente equivalentes la asignación de una parte de usufructo o la atribución del usufructo sobre una parte de cosa, con lo cual no tiene nada que ver la admisibilidad de un usufructo constituído sobre parte determinada de la cosa (1). No cabe duda de que es admisible la constitución del uso en tales condiciones, o sea sobre una parte determinada de la cosa, lo cual encierra la atribución de individualidad jurídica a dicha parte: «lego en uso el primer piso de la casa, el uso del huerto que está en mi finca, el uso de la parte del fundo que está al otro lado del camino». Creo que no hay obstáculo tampoco para constituír un derecho de uso sobre una parte alícuota de la cosa en cuanto pueda investir al usuario del derecho sobre una porción determinable de la cosa misma: «el uso de la mitad de la casa o del fundo, el uso de la mitad de los muebles o de las joyas»; y no altera las consecuencias el que el señalamiento lo haga el constituyente mismo o haya que hacerlo después de constituirlo si así lo ha dispuesto aquél.

Pero si en la cosa no hay parte alguna que pueda asumir individualidad jurídica, individualidad de cosa homogénea al todo (uso de la mitad de un caballo, de la mitad de un fundo indivisible económicamente) (2) la constitución del uso sobre una cuota no es susceptible de transformarse en un derecho al valor de la misma, que es lo que sucede en el usufructo, y no comprende la constitución del uso sobre una cosa autónoma; sino que comprende la facultad de poder gozar directamente de la cosa entera con arreglo a sus necesidades y dentro del límite de éstas, y coloca junto a este disfrute un límite distinto que resulta de la relación entre la fracción y el todo; se resuelve en la constitución de un uso parcial, que nace viciado por una contradicción intrínseca (3) que lo invalida.

Lo mismo hay que decir en el caso de que el copropietario constituya el uso sobre una cosa indivisible jurídica o económicamente. Pero yo creo que el copropietario de cosa divisible puede, en cambio, constituír válidamente un derecho de uso sobre su cuota; y en-

(1) *Pro parte divisa:* PAP., 5, de us., VII, 1.

(2) De suerte que los derechos iguales y concurrentes sobre la cosa misma puedan llevar a la enajenación de ella y convertirse en un derecho a su valor, o excepcionalmente mantenerse asociados en cuanto al ejercicio, cuando esté prohibida la enajenación (V. p. 633, n. 2).

(3) Puedes emplear la cosa para satisfacer tus necesidades: no puedes ir en el disfrute más allá de una parte alícuota de la utilidad total de la cosa.

tonces tendremos de nuevo un derecho completo de uso sobre la parte de cosa adjudicable al copropietario en pago de su cuota (1). El copropietario no perjudica los derechos de los otros disponiendo de su cuota de suerte que se haya de provocar la división del disfrute, al modo como la división de éste puede provocarla la constitución del usufructo sobre una cuota. La diferencia con respecto a la constitución de usufructo sobre parte alícuota, consiste en que en ésta el usufructuario puede permanecer en comunidad de goce con el propietario, y en el régimen de la comunidad ejercitar los derechos de su causante, como puede independientemente del mismo provocar la disolución; en cambio, con la constitución del uso sobre una cuota, no puede el usuario exigir del otro copropietario (extraño a la constitución de aquél) que se establezca la promiscuidad de goce que están obligados a sufrir el que constituye el uso y sus causahabientes (2); pero si no hay acuerdo, en unión del que lo constituya o de sus causahabientes debe exigir la división del disfrute y se le adjudicará una parte de la cosa, que disfrutará simultáneamente con éstos, y la otra, libre del uso, quedará a favor del copropietario.

A virtud de la imposible constitución de un uso de parte alícuota o de un uso sobre tal cuota, resulta imposible también constituír una comunidad de uso. Cierto que puede legarse a varios el uso de partes distintas de la misma cosa y constituír así diversos derechos, independientes uno de otro. Cuando en cambio se lega el uso de la cosa misma a dos o más, sin designación de partes (3), cada uno de ellos queda investido de un derecho sobre la cosa íntegra que entra en lucha con el derecho del otro, y el cual conflicto, cuando no hay acuerdo, se resuelve transformando el derecho de uso en derecho

(1) Ningún tratadista de Derecho vigente, aunque aluda al principio de indivisibilidad de uso (PROUDHON, 46, 2.739; PACIFICI-MAZZONI, 695), se ocupa de las cuestiones tratadas en este número. Los romanistas reproducen en la indivisibilidad del uso las consecuencias de la indivisibilidad de la servidumbre. Tampoco en los textos hay indicio, por remoto que sea, de que el uso, como la servidumbre (v. p. 633, n. 6), no pueda constituirse sucediendo al copropietario.

(2) V. el n. 391.

(3) Haya o no asignación de cuotas iguales. Si la constitución se hiciera por cuotas desiguales, la validez de la misma quedaría subordinada a la posibilidad de dividir la cosa en partes correspondientes a las cuotas, e implicaría en este caso asignación de derechos distintos sobre partes de señalamiento ulterior.

a la prestación de un equivalente (1). Para fijar el sustitutivo, habrá que tasar ambos derechos de uso; a uno de los titulares (2) se le adjudicará la amplitud de disfrute bastante a satisfacer sus necesidades y las del otro, dentro de la capacidad reditual de la cosa, y se le gravará con la prestación de un equivalente, sufriendo uno y otro la reducción proporcional necesaria para la recíproca efectividad simultánea de sus derechos (3).

La extinción del derecho de uso no acrece el de los demás usuarios de la misma cosa, al revés de lo que ocurre cuando se extingue el derecho de un cousufructuario. Ni se acrece el derecho, ni se amplía el goce si la coexistencia del derecho fenecido permitía que los demás atendieran plenamente a sus necesidades; los productos que correspondían al derecho extinguido, quedan en beneficio del propietario. No hay acrecimiento del derecho, pero sí ampliación del goce que él faculta y posibilita, cuando, por el contrario, la coexistencia del derecho extinguido impedía tomar cuanto eran capaces de absorber los otros usuarios (4).

391. Tiene derecho el propietario a cuantos frutos sobren después de satisfechas las necesidades del usuario y cuya propiedad

(1) Así PAULO, 10, § 1, *Comm. div.*, X, 3: *si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus, sed praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, quasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.* También conviene notar que puede atribuirse al propietario un derecho de uso sobre cosa propia—véase RÜMELIN, § 11—para ampliar así su participación en el goce más allá de lo que permitiría la constitución del uso. Lego a Ticio mi casa, de la cual usará con él Cayo.

(2) Normalmente al que tenga mayor participación.

(3) De una manera análoga a como ocurría en Derecho romano, en el que para la deducción de la cuarta Falcidia en el legado de uso había que tasar éste, y en vez de adjudicar al heredero (como en la deducción de la cuarta Falcidia del legado de usufructo) una cuota de disfrute, se le otorgaba derecho a exigir del usuario la prestación de la cuarta parte del valor del uso.

(4) Arg. en PAPINIANO, 57, § 1, *de us.*, VII, 1; v. PROUDHON, 48, y cfr. VANGEROW, *Pand.*, § 554, n. 2.—Aplicó este principio a un legado de habitación cuyo objeto lo constituían pocas estancias, el Trib. de Apel. de Nápoles, 7 marzo 1884 *(Gazz. proc.*, 1884, 319); es inexacta la motivación alegada para deducir de la voluntad del disponente el derecho de acrecer. Rechaza también el derecho de acrecer un fallo de Apel. de Brescia, 21 diciembre 1898 *(Mon. trib. Mil.*, 1899, 694).

adquiere mediante la separación; debe tenerse en cuenta también que esta separación le proporciona la propiedad de todos los frutos, aunque propiedad resoluble con respecto a los que el usuario está facultado para recoger, y que se resuelve con el ejercicio de dicha facultad. Para obtenerlos tiene derecho a emplear su actividad misma sobre la cosa, y cuidar del cultivo del fundo (1). Tiene asimismo derecho a las otras formas de disfrute que excedan de las necesidades actuales del usuario, principio que está recogido textualmente por lo que respecta al derecho de habitación (2). Puede ser objeto de ésta una casa o un hotel en el campo: el usuario no puede pretender ocuparla toda, y lo que haya de ocupar, cuando no se fije especialmente en el título, habrá de resolverse teniendo en cuenta sus circunstancias y condiciones (3). Adviértase igualmente que el usuario debe abandonar al dueño las varias utilidades que no pueda él aprovechar; pero no está obligado a permitir que el propietario tome para sí una participación que disminuya su disfrute (4), así como tampoco lo está a renunciar a la exclusiva en beneficio del mismo cuando, por la índole del goce, la concurrencia ajena no disminuya la utilidad que del objeto se obtiene (5).

Abierto así al propietario el camino para que participe en el disfrute de un margen variable de utilidades, según las diversas posibilidades de aprovechamiento por el usuario, no por ello nace una comunidad en sentido estricto. Hay verdadera comunidad cuando los partícipes tienen derechos de naturaleza igual, que reunidos poseen la misma eficacia que tendría el derecho que asistiera a un único titular (6). Esa verdadera comunidad se da entre el propietario y el

---

(1) ULP., 10, § 4, 12 pr. *h. t.*

(2) En el Derecho vigente (art. 524). Sabemos que en Derecho romano, según estableció la compilación justinianea, el derecho del *habitator* rebasa estos límites y excluye toda participación del propietario al conferir a aquél el derecho de alquilar la parte de casa que él no utilice.

(3) V., más atrás, ps. 839 y 840.

(4) Así se explica la opinión de GAYO, 11, *eod.* La estancia en el fundo del propietario y de los siervos que trajo de la ciudad, puede impedirla el usuario, como puede impedirles también el uso de las bodegas; pero no la estancia del propietario en tiempo de recolección, ni la de los siervos labradores, porque impediría la producción y percibo de aquellos frutos que el usuario no puede utilizar.

(5) Cfr. ULP., 5, § 15, *Comm. vel contra*, XIII, 6, cit. en la n. 1 de la página 855.

(6) V. el n. 346.

usufructuario de parte alícuota, en la que ambos tienen derechos independientes de goce, limitados recíprocamente, y cuyo valor se mide por la utilidad que a uno y a otro procuran. Comparados propietario y usuario, aquél no tiene frente a éste un derecho autónomo, sino subordinado; ni la utilidad que le procura su derecho está en relación de parte alícuota con respecto a la utilidad total de la cosa. Hay formas de disfrute que pueden estarle constantemente prohibidas, y aun las que se le reconocen pueden variar de extensión en formas distintas mientras el uso dura.

De esto resulta que los principios de la comunidad no son aplicables al régimen de las relaciones de disfrute entre propietario y usuario. A causa de la intransmisibilidad del uso, no sólo está prohibido el que uno u otro puedan instar su venta, para sustituír así con una parte del precio obtenido la utilidad que procura el disfrute, sino que, además, ha de rechazarse que se pueda obligar al usuario, de un modo definitivo, a que sufra la restricción del uso de una parte de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Puede imponérsele esa restricción indudablemente, porque no cabe concebir que usuario y propietario hayan de permanecer necesariamente en esa promiscuidad de goce; pero—prescindiendo del pacto, que implica verdadera renuncia al derecho de uso, gratuitamente o mediante precio fijo—, el acuerdo mismo de sustituír el disfrute en especie con una prestación periódica (1), y más aún el mandato judicial, no motivan más que un régimen provisional en sus relaciones (2), susceptible de modificarse en cualquier momento, al variar las condiciones de las necesidades del usuario y la potencia reditual de los bienes que se le han asignado. Y cuando la satisfacción plena de las necesidades del usuario no pueda obtenerse con la restricción del uso a una parte de los bienes, aunque no absorba tampoco cuantas utilidades pueda dar la cosa, la medida más adecuada a la índole del derecho, no es privar al usuario de la posesión para convertirlo en acreedor de una prestación contra el propietario, sino dejarle ésta y el disfrute completo y obligarle a entregar al propietario el margen de utilidad que le corresponda (3).

---

(1) Con el pacto acerca de esta sustitución se afirma la pertenencia del derecho de uso; es, por lo demás, un contrato que está subordinado por su naturaleza a la cláusula *rebus sic stantibus.* V. DEMOLOMBE, X, 782.

(2) PROUDHON, 2.765.

(3) PROUDHON, 2.760, pretende que se confíe la administración al mayor partícipe en la renta. AUBRY y RAU, § 237, n. 13, dejan al arbitrio judicial el

Pueden coexistir uso y usufructo sobre la misma cosa (1), y el usufructuario participará entonces en el disfrute en proporción igual al propietario; sin que pueda exigir un disfrute en forma distinta a éste (art. 477), ni privar al usuario de lo que necesite para la satisfacción de sus necesidades. El usufructuario queda asegurado, sólo indirectamente, respecto al usuario mediante la fianza prestada por éste al propietario (2).

392. Nuestro Código no reproduce, como el francés, la fórmula de la Instituta justinianea (3): *iisdem istis modis, quibus usus fructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet;* no habla de la constitución del uso y quita pretexto a la discusión de si hay un uso creado por la ley, como hay un usufructo de este origen. La discusión se desenvolvió entre los intérpretes del Cód. franc. (4) alrededor del art. 1.465 del Cód. Napoleón, que autoriza a la viuda casada bajo el régimen de comunidad, a tomar cuanto necesite para su subsistencia y la de sus sirvientes, de las provisiones que existan en la herencia durante los tres meses y cuarenta días que se le conceden para deliberar sobre la comunidad de bienes y dar su aceptación, así como habitar durante este tiempo en una casa perteneciente a la comunidad o a los herederos del marido, y acerca también del 1.570 del propio Cód. francés, que autoriza a la viuda para pedir y obtener de la herencia del marido habitación y lutos durante el año siguiente a la muerte de aquél. El artículo 1.465 no tiene correspondiente en nuestro Código; el 1.570 lo reproduce el

---

resolver que se divida el disfrute o que el propietario administre, quedando obligado a determinada prestación con respecto al usuario; LAURENT, VII, 112, patrocina como única solución el que se divida el disfrute en especie; y si esto es imposible y las partes no llegan a un acuerdo, deberán sufrir los inconvenientes de la promiscuidad del disfrute. PACIFICI-MAZZONI, 703, después de haber combatido eficazmente la doctrina que abandona al arbitrio judicial la entrega de la posesión al propietario, termina afirmando que este fallo no sería recurrible en casación.

(1) FLOR., 42. *de us.*, VII, 1; v. PROUDHON, 2.742.

(2) V. DURANTON, V, 13; AUBRY y RAU, § 237, n. 14.

(3) Pr. I., *de us.*, II, 5.

(4) Sostienen la constitución legal del uso PROUDHON, 2.752, 2.798 y siguientes; ZACHARIAE, §§ 232 y 233; en contra, DURANTON, V, 6; MARCADÉ, ad a. 625, I; DEMOLOMBE, X, 759; LAURENT, VII, 105; AUBRY y RAU, § 237, número 1.

italiano con el número 1.415 (a) (1); pero en uno y otro caso no se trata del reconocimiento por la ley de un derecho real, sino de un derecho de crédito contra los herederos del marido: el del art. 1.465, relacionado con el derecho de procurarse a voluntad las provisiones que necesite, tomándolas de las existencias y no mediante una actividad de disfrute sobre cosas de la herencia (b).

Queda, por consiguiente, como única fuente para constituír el derecho de uso, la voluntad del hombre, que puede manifestarse en un acto *inter vivos* (donación o venta de uso, la única que puede tener alguna aplicación práctica es la donación o venta con reserva de uso); pero sobre todo, y como fuente principal, en un acto *mortis causa*. Cuando ocurra lo primero, ha de consignarse en forma escrita, si su objeto es un inmueble (art. 1.314) (c) y la eficacia del dicho acto respecto a terceros que hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el mismo inmueble, está subordinada a la transcripción (art. 1.932, n. 2) (d); los segundos encierran una transmisión a título singular que transfiere inmediatamente el derecho real de uso si está constituído sobre cosa perteneciente al testador o al heredero, porque de otra suerte lo que crea es un derecho de obligación a exigir que se preste el uso. Cuanto hemos dicho acerca de la constitución del usufructo mediante actos *inter vivos* y acerca del legado de usufructo es aplicable al uso, y sobre todo, no cabe duda que le es aplicable el principio del art. 901 (e), declarativo de que las disposiciones que contengan un legado de usufructo u otras anualidades a varias personas sucesivamente, sólo tienen eficacia a favor del primer llamado a disfrutar después de la muerte del testador (2). No cabe duda que el dicho art. 901 se propone en-

---

(a) [Cfr. art. 1.379, párr. 2.º del Cód. esp., que habla en general de alimentos, sin referirse concretamente a la habitación.]

(1) V., sobre esto, SCIALOJA, *I diritti della vedova nell'anno di lutto*, en la *Riv. it. di scienze giur.*, t. I.

(b) [En la moderna legislación española sobre casas baratas, hay una importante aplicación del derecho de habitación, que se constituye, por disposición de la ley, a favor del cónyuge superviviente, y en su defecto, de los hijos o descendientes del difunto hasta que lleguen a la mayor edad, o mientras se encuentren incapacitados.]

(c) [Art. 1.280, núm. 1.º del Cód. esp.]

(d) [Cfr. art. 2.º, núm. 2.º de la Ley Hip.]

(e) [Comp. art. 787 del Cód. esp.]

(2) Así Trib. de Génova, 25 agosto 1902 *(Mon. trib. Mil.*, 1903, 497); Cas. Turín, 4 marzo 1904 *(Foro it.*, 1904, 686).

torpecer el intento de regir el destino que hayan de tener los bienes después de la muerte, señalando de antemano la división del beneficio en cuanto al tiempo entre una serie de titulares; esta dificultad perdería su fuerza si la división del beneficio fuese posible en forma de uso y prolongase a favor de los sucesivos usuarios una promiscuidad de goce, en cierto modo más perjudicial que la separación absoluta que engendra la constitución del usufructo, y a tenor de su letra, tampoco cabe duda, pues aquélla extiende la prohibición al legado de *otras anualidades;* expresión impropia, porque el usufructo no es una anualidad, aunque aparece clara la voluntad del legislador de comprender toda clase de disposiciones que atribuyan a varias personas, una después de otra, lo mismo que el usufructo, un derecho análogo a él, como el de uso. Y toda vez que con esta frase resulta ampliada la prohibición a aquellos legados de derecho de crédito que autorizan el cobro de prestaciones anuales, caso a que verdaderamente, y sólo a él, se aplica el nombre de anualidad (1), forzosamente tenemos que ver un motivo mayor aún para incluír en esa prohibición el legado sucesivo de uso; si están prohibidas las disposiciones mismas que no constituyen un derecho real sobre bienes, sino meras obligaciones personales de los herederos a favor de varias personas sucesivamente, como la que propende a mantener al titular de la propiedad sometido de tal suerte que le impida utilizar ésta con provecho social, mayor razón hay para reputar prohibido el legado sucesivo de uso que implica una sujeción de los bienes en sí, y no tan sólo la de la persona del propietario y de su patrimonio.

A los actos constitutivos del uso se aplican los mismos impuestos que gravan la constitución del usufructo (2) (a); y con ello tenemos aquí un nuevo argumento (3) para no ampliar la tasación del

(1) V. mi trabajo acerca del *Legato d'annualità successive* en el volumen de *Scritti in onore di V. Lilla*, Mesina, 1904.

(2) Ley 20 mayo 1897, arts. 16 y 17; v. el t. I, nn. 152-155 y 172.

(a) [No así en la legislación española sobre el impuesto de derechos reales, que aplica a los derechos de uso y habitación un criterio de inflexibilidad, determinando que el valor de los mismos se estimará en el 25 por 100 del de los bienes sobre que fueron impuestos (art. 5.°, regla 7.ª del texto refundido de 28 febrero de 1927). Para la crítica de esta norma, v. MARAÑÓN, *Impuestos de derechos reales y transmisión de bienes y sobre los bienes de las personas jurídicas*, págs. 538-39.]

(3) V., más atrás, n. 366.

usufructo que establece la ley de Registro más allá del campo de la Hacienda; si a los efectos fiscales se equipara completamente al usufructo el uso, por el cual de la cosa misma se obtiene una renta variable según las necesidades del usuario, y que puede ser tan inferior a la renta total, fácil es ver que ni esta equivalencia, ni los criterios establecidos por la ley para evaluar rápidamente y definir en seguida los derechos del Fisco, pueden trasladarse al régimen jurídico de las relaciones entre particulares.

El uso, como el usufructo, puede adquirirse mediante prescripción (1); pero ésta requiere la posesión legítima del derecho de uso, de la que se carece cuando en vez de haber la cosa en custodia por sí, para emplearla como instrumento de satisfacción de necesidades propias, se recibe del propietario de ella la prestación del todo o parte de los frutos recogidos por él mismo o el equivalente de los frutos (2). Como el uso no puede alquilarse, no puede haber representación en la posesión del uso, y no puede ser reputado poseedor del derecho quien recibe los frutos a través del propietario poseedor de la cosa (3). Sea cualquiera el título en cuya virtud el propietario haga esta prestación, aunque exista una constitución formal de uso hecha por quien tenía derecho a disponer, el recibo de aquélla, con la que no se afirma la voluntad autónoma del receptor, sino una voluntad ligada a la que realiza la prestación misma, no basta para adquirir tal derecho, por repetidas que sean estas prestaciones en un espacio considerable de tiempo (4).

393. «Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo» (art. 529) (a). Para explicar este precepto no tengo más que referirme a la exposición hecha en el libro V sobre la teoría de la extinción del usufructo. Únicamente debo repetir que el derecho indivisible de uso no se extingue par-

(1) V. t. I, ps. 517 y ss. PROUDHON, 2.754, 2.797; v. Cas. Palermo, 26 julio 1904 (*Foro sic.*, 1904, 533). ZACHARIÆ, § 232, n. 1 *bis*, niega que pueda adquirirse el uso por prescripción.

(2) Así AUBRY y RAU, § 237, n. 2,

(3) DEMOLOMBE, X, 760, y LAURENT, VII, 106, mediante esta construcción, aplican, en cambio, la prescripción adquisitiva a quien recibe la prestación de los frutos del propietario.

(4) PROUDHON, 2.754; DURANTON, V, 7; PACIFICI-MAZZONI, 697.

(a) [Cfr. art. 529 del Cód. esp., que añade «y además por abuso grave de la cosa y de la habitación». Acerca de lo que debe entenderse por abuso grave, v. las sentencias del T. S. de 28 noviembre 1908 y 30 abril 1910.]

cialmente por la adquisición de la copropiedad de la cosa sometida al uso; y además advertir que el uso se extingue, más frecuentemente de lo que sucede respecto al usufructo, tanto por la fijación implícita de un plazo para él, como a causa de la transformación de la cosa que la haga inadecuada para satisfacer las necesidades del usuario a que primeramente servía, o le haga perder la aptitud para ser disfrutada en forma inmediata. En cuanto a la habitación en particular, el uso se extingue si la casa se destruye, sin caber posible sustitución con el disfrute del solar.

Suele notarse que en las diligencias judiciales que se instruyan para la privación del uso, no ha lugar a que intervengan los acreedores de que habla el artículo 516; y LAURENT (1) añade en contra que los acreedores del usuario tienen también interés en impedir la extinción de ese derecho, porque pueden embargar los frutos recolectados. No puede negarse una intervención para mantener los derechos del usuario, aunque con razón se niega que los acreedores puedan subrogarse en la defensa que el usuario descuide, porque su derecho no es un derecho propio, y distinto del de su deudor, según he demostrado que ocurre con respecto a los acreedores del usufructuario (2).

No es admisible en modo alguno la doctrina de ciertos escritores franceses que con relación al uso admiten que pueda contractualmente derogarse la extinción establecida a causa de la muerte del usuario (3) o por finalizar el plazo señalado para el usufructo de las personas jurídicas (4). Algunas veces se ha hablado de un derecho de uso otorgado a Municipios, instituciones escolares o de beneficencia mediante la concesión de locales necesarios para el ejercicio de sus funciones públicas. Mas la concesión en uso, si bien implica la investidura de un derecho real, ha de ser necesariamente por tiempo limitado. No habría propiedad si pudiera alterarse el contenido de ésta con un usufructo perpetuo, y menos se compadece aún con nuestro sistema jurídico alterar la esencia de aquélla superponiéndole un derecho perpetuo de uso. Nos quedan, sí, los derechos perpetuos de uso cívico constituídos al amparo de las le-

(1) VII, 124.

(2) V. ps. 784 y ss.

(3) PROUDHON dice, como la cosa más natural del mundo, que es válido el uso constituído a perpetuidad en favor de provincias y municipios; y lo mismo afirma LAURENT, VII, 107.

(4) LAURENT, VII, 124.

gislaciones anteriores, que generalmente representan una transformación de la propiedad colectiva y que podrán servir de preparación para reconstituír esta última; pero subsisten con caracteres muy diferenciados del uso que regula el Código y sin que en éste, ni en ley alguna vigente, encontremos fundamento para restablecerlos.

INDICE ALFABÉTICO-ANALÍTICO DE TODA LA OBRA

(Los guarismos no indican las páginas, sino las cifras marginales de párrafo, que siguen numeración correlativa a través de los dos volúmenes, debiendo recordarse que el II empieza con el núm. 200.)

A

D

E

G

H

I

Ll

M

N

O

P

R

S

T

U

V

TABLA

DE LOS TEXTOS DE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, FALLOS Y RESOLUCIONES CITADOS EN LAS CONCORDANCIAS

Ley de Partidas.

Ley 21, Partida III, título 31, II, 381.
Ley 22, Partida III, título 31, II, 847.
Ley 26, Partida III, título 31, II, 736.
Ley 27, Partida III, título 31, II, 851.

Constitución de 30 de junio de 1876.

Artículos	Vol.	Páginas
57	I	542

Código civil.

Artículos	Vol.	Páginas
4, § 2.°	II	690
6	II	721
10, § 1.°	II	83
50, reg. 2.ª	I	311
69	I	474, 482
69	II	815
74	I	483
111	II	616
112	II	616
126	I	316
142	II	818
149	II	838
154	I	473, 474
155	II	628
160	I	465, 468, 469, 473
160	II	624
160 y ss.	I	25
161	I	467
162	I	470
162	II	88
163	II	47, 625
164	II	28, 375
166	I	473
168	II	814
169, n.° 1.°	I	475, 476
169, n.° 1.°	II	811
170	I	474
170	II	810, 811
171	I	475
171	II	811, 813
171, § 2.°	I	476
191 y ss.	II	734
201	II	631
269	II	28
314	II	809
318	II	809
319	II	810
333	I	17
333	II	608
334	I	17
334, n.° 2.°	I	127
334, n.° 10	I	14, 17
336	I	17
342	I	524
346	II	834
347	II	834
348	I	22
348, § 2.°	II	108
350	I	125

Reglas transitorias del mismo Código.

Apéndice aragonés de 7 de diciembre de 1925.

Ley Hipotecaria.

Reglamento de la ley Hipotecaria.

Código de Comercio.

Reglamento del Registro Mercantil de 22 de septiembre de 1919.

Ley de Enjuiciamiento civil.

Código Penal.

Artículos	Vol.	Páginas
228	II	207
314	II	14
459	II	811
510	II	207
534 y 535	II	206
549	I	475
575	II	206
607 y ss.	II	206

DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS, FISCALES Y DE ÍNDOLE VARIA

(Por orden cronológico.)

Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820, restablecida en 30 de agosto de 1836.

Artículos	Vol.	Páginas
2.°	I	510

Real decreto para el establecimiento de la Contribución territorial, de 23 de mayo de 1845.

Artículos	Vol.	Páginas
2	II	187

Ley por que se rige el Patrimonio de la Corona, de 12 de mayo de 1865, modificada en parte por la de 26 de junio de 1877.

Artículos	Vol.	Páginas
Cita global	I	524
9	I	526
11	I	526
13	I	527

Decreto-ley de Minas de 29 de diciembre de 1868.

Artículos	Vol.	Páginas
Cita global	I	43
2	II	151
5 y ss.	II	156
7	II	151
8	II	151

Ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

Artículos	Vol.	Páginas
Cita global	II	299
39	II	300

Ley de Aguas de 13 junio de 1879.

Artículos	Vol.	Páginas
88	II	139

Reglamento provisional de la Contribución territorial de 30 de septiembre de 1885.

Artículos	Vol.	Páginas
2	II	187

Reglamento de la Caja General de Depósitos de 24 de agosto de 1893.

Artículos	Vol.	Páginas
3	II	55

Ley de Caza de 16 de mayo de 1902.

Artículos	Vol.	Páginas
14	II	166

Ley de Propiedad industrial de 16 de mayo de 1902.

Artículos	Vol.	Páginas
Cita global	II	300

Sentencias del T. S. (Sala de lo Civil)

Fechas	Vol.	Páginas	Fechas	Vol.	Páginas
13-4-1861	II	731	27-8-1904	II	432
21-3-1879	II	207	26-10-1904	I	506
7-5-1879	I	42	21-11-1904	II	210
19-1-1883	II	203	29-3-1905	II	733
1-12-1884	I	42	16-1-1906	II	367
9-3-1886	I	232	13-6-1906	II	330
19-2-1887	II	203	4-7-1906	I	506
17-3-1888	II	51	9-11-1907	II	207
16-1-1889	I	232	28-11-1908	II	538, 783
22-10-1891	II	701	30-4-1910	II	864
8-2-1892	I	506	25-1-1911	I	506
3-5-1893	II	222	13-4-1912	II	148, 361
13-6-1898	I	506	12-2-1915	I	315
19-11-1898	I	276	8-7-1915	I	42
14-12-1898	II	652	20-11-1915	II	8, 64
26-4-1899	II	225	1-10-1919	II	730, 731
5-2-1900	II	67, 80	10-1-1920	I	506
29-9-1900	II	207	28-3-1924	I	506
31-3-1902	II	203	25-11-1924	II	423
11-5-1904	I	470	5-12-1924	II	423
11-5-1904	II	88	30-5-1925	II	170
10-6-1904	II	203	24-2-1926	I	506

Resoluciones de la Dirección general de los Registros

Fechas	Vol.	Páginas	Fechas	Vol.	Páginas
14-6-1897	I	481	6-11-1912	I	506
14-3-1903	I	506	30-6-1913	I	123
30-4-1906	I	506	30-6-1913	II	54
16-11-1908	I	315	31-7-1915	I	123
15-3-1909	I	123	31-7-1915	II	54
15-3-1909	II	54	23-7-1924	I	283

INDICE GENERAL

DEL TOMO SEGUNDO

LIBRO TERCERO

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Págs.

CAPÍTULO I

Obligación de formalizar el inventario.

CAPÍTULO II

La obligación de la caución.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA POSESIÓN

§ 1. Derecho de la posesión por parte del usufructuario. Influjo recíproco de la cosa juzgada respecto al usfructuario y al propietario.

§ 3. *La posesión de bienes inmuebles en concepto de usufructo y sus efectos.*

§ 4. *La posesión de bienes muebles sujetos a usufructo.*

CAPÍTULO IV

EL DISFRUTE DEL USUFRUCTUARIO

§ 1. *Conversión del usufructo en propiedad.*

Págs.

§ 3. *Arrendamiento del fundo usufructuado.*

§ 4. *La adquisición de los frutos.*

CAPÍTULO V

CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA

CAPÍTULO VI

CARGAS DEL DISFRUTE

CAPÍTULO VII

GASTOS DE PLEITOS

CAPÍTULO VIII

OBLIGACIÓN DE RESTITUÍR DEL CUASIUSUFRUCTUARIO

CAPÍTULO IX

USUFRUCTO DE UN PATRIMONIO

CAPÍTULO X

COMUNIDAD DE USUFRUCTO

CAPÍTULO XI

LA NUDA PROPIEDAD

LIBRO CUARTO

EL USUFRUCTO COMO ELEMENTO PATRIMONIAL DEL USUFRUCTUARIO

Págs.

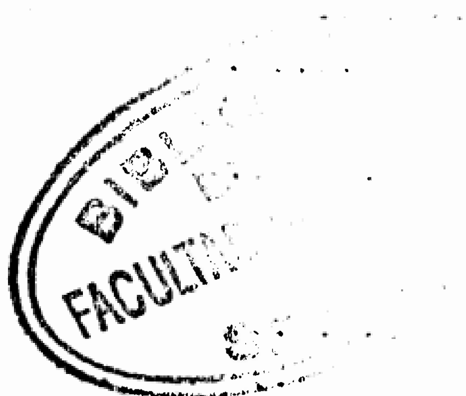
LIBRO QUINTO

EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

Págs.

LIBRO SEXTO

USO Y HABITACIÓN



A LOS ABOGADOS, JUECES, MAGISTRADOS, NOTARIOS, REGISTRADORES, etc., interesa conocer la

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(AÑO XV)

PUBLICACIÓN MENSUAL, COMENZADA EN 1913

Única que en España se publica especialmente dedicada al estudio del Derecho civil, mercantil y sus procedimientos (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia [Canónica, de las Salas 1.ª y 3.ª del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros del mes anterior, comentadas y concordadas], Revista de Revistas, Bibliografía, etc.).

32 páginas en 4.° mayor a dos columnas, en excelente papel y esmeradamente impresa.

DIRIGIDA POR LOS SEÑORES

F. CLEMENTE DE DIEGO

Catedrático de Derecho civil en la Universidad Central, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid,

JOSÉ M.ª NAVARRO DE PALENCIA

Doctor en Derecho, Oficial 1.° de la Dirección general de los Registros. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE LOS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA

CONDICIONES DE SUSCRIPCIÓN

Comienzan en 1.° de enero de cada año, ***sin aumentar el precio aun cuando se formalicen en cualquier mes del mismo.***

Pago adelantado: aparte de los demás medios usuales que pueden emplear los habitantes en España, a los extranjeros se les aceptan cheques sobre cualquier plaza española, París, Londres, Berlín, Nueva York.—Península e islas adyacentes, semestre **11** pesetas, **año 20** pesetas. Extranjero (sólo por años), 25 pesetas.

Lugar de pago: en la Administración, Pozas, 12.

Números sueltos: sólo se venden a los suscriptores, a quienes, por extravío en correos, los reclamen ***antes de la salida del número inmediato***, se les [illegible] ***gratuitamente*** nuevo envío; los que con posterioridad lo soliciten, deberán acompañar al pedido **2.50** pesetas; de no hacerlo, se les enviará contra reembolso.

Renovaciones.—En homenaje a la buena fe y mutuo respeto a los respectivos intereses que deben imperar entre los abonados y la *Revista*, se les suplica que, ***antes de finalizar el plazo de suscripción***, *se sirvan avisar en su caso a la Administración la* ***baja en la misma.*** El silencio sobre el particular se *estimará como un deseo de continuar suscriptos*, para los efectos, en su caso, de giro a [illegible] del importe de la renovación.

Toda la correspondencia a nombre del Sr. Gerente de [illegible], **Apartado 4.047, Madrid.**

COLECCIONES.—Tenemos algunas colecciones [illegible] de los catorce primeros años 1913-1927 (171 números en **catorce** [illegible] índices de materias), los cuales servimos encuadernados a [illegible] **318** pesetas en España y **388** en el Extranjero (encuadernados en [illegible] pesetas más por tomo). **A los suscriptores residentes en España solamente, facilitaremos la adquisición de los tomos sueltos o de la totalidad de ellos: pidan condiciones.**

			España — Ptas.	Extranjero — Ptas.
1913-1914, tomo	I (15 números)		25,—	28,—
1915, »	II (12	»	20,—	25,—
1916, »	III (12	»	20,—	25,—
1917, »	IV (12	»	20,—	25,—
1918, »	V (12	»	20,—	25,—
1919, »	VI (12	»	20,—	25,—
1920, »	VII (12	»	20,—	25,—
1921, »	VIII (12	»	25,—	30,—
1922, »	IX (12	»	25,—	30,—
1923, »	X (12	»	25,—	30,—
1924, »	XI (12	»	25,—	30,—
1925, »	XII (12	»	25,—	30,—
1926, »	XIII (12	»	25,—	30,—
1927, »	XIV (12	»	25,—	30,—

ADMINISTRACIÓN: POZAS, 12 - MADRID - APARTADO 4.047